الطالب عدل النقاط حول الملحوظات بما يتفق مع توصيات لجنة المناقشة
محمد ...
عبدالعزيز عامر
٢٢/١/١٤٠٢هـ

جامعة أم القرى
كلية الشريعة
فرع الفقه وأصوله

الولاية في النكاح

دراسة مقارنة



رسالة مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية - لنيل درجة الدكتوراه
في الفقه الإسلامي

من الطالب
سعد بن حميد السبيعي

بإشراف

الأستاذ الدكتور عبد العزيز عامر

١٤٠١ - ١٤٠٢هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله واصحابه ومن اقتفى أثرهم الى يوم الدين .

اما بعد : فعملا بقوله صلى الله عليه وسلم " لايشكر الله من لا يشكر الناس " اقدم عظيم شكري وجزيل امتناني لكل من منحني من توجيهاته القيمه وآرائه الصائبه واخص منهم بالذكر سعادة الدكتور / عبد العزيز موسى عامر على ما قدمه لي من ارشاد وتوجيه ولم يقتصر اشرافه على ساعات الاشراف الرسميه بل فتح لي قلبه ومنزله رغم كثرة الرسائل التي يشرف عليها فجزاه الله عني خير الجزاء ومنحه الصحه والعافيه وامد في عمره .

كما اقدم عظيم شكري وفائق تقديري لجامعة أم القرى ممثلة في أعضائها المخلصين راجيا من الله العلي القدير ان يجعلها جامعة مباركه تحمل تعاليم السعاده والفضيله للعالم الانساني كله انه سميع مجيب .

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وعلى اله وصحبه اجمعين وبعد .

فقد كان الباعث لي على الكتابه في الولايه في النكاح هو الحاجه الماسه لمعرفة ما اقتضته حكمة الله سبحانه وتعالى من تشريع للأحكام لاقتضاء مصالح العباد تفضلا منه سبحانه واحسانا فأنزل لهم ما ينظم الانسان في خاصية نفسه او مع غيره الا وهو كتاب الله العزيز وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

صغيرات وكبيرات

وقد عنى الشارع الحكيم بالنساء فحث على رعايتهم صغارا وكبارا والقيام بشأنهم فهم بناء الأمه وقوامها في المستقبل ولم يتركهم هملا يتخبطون في دياجير الجهل والعمى ويسيرون على غير هدى في جو تلبدت غيومه وزادت أعاصيره حتى لا يطغى عليهم جيش الرذيله فيعثون في الأرض فسادا او يكونوا على الأمة شرا ووبيلا .

فلا عجب ان رأينا الشارع الحكيم شرع الولايه وقرر أحكامها ووصى الأولياء بمن يلونهم احسانا يغذونهم بما يقوم أبدانهم ويصلح أجسامهم ويرعونهم حق الرعايه .

ولما شرع الله النكاح حفظا للنوع الانساني وهو رابطه ولا دولم الا بين المتكافئين غالبا .

وكان تحصيله في كل زمان غير مقدور ولا ميسور والمرأه غالبا لا تميز بين الكفء وغيره جعل الله لأوليائهم حق تزويجهم احرازا لمصلحتهم خوف فوات الكفء والزمها الأقارب لكونهم اشفق الناس عليهم وجعلها ملزمه اذا كان المزوج هو الأب او الجد لأن كثرة شفقتهم داعيه الى السعي وراء مصلحتهم

وجعلها قاصره بالنسبه لغيرهما حتى تثبت لهم الخيار عند البلوغ .

وفضلا عن ذلك فأحكام الولايه فى النكاح دقيقه تحتاج الى فضل بيان وتجليه لذلك شرح الله صدرى لاختيار هذا الموضوع ليكون رسالتى للحصول على درجة الدكتوراه فى الفقه الاسلامى من كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة أم القرى .

وقد توخيت فى البحث ابراز الآراء المختلفه لفقهاء المذاهب المعتبره ومناقشتها واختيار ما رأيته راجحا منها لتكون الرساله عامة النفع بعونه تعالى .

وقد كانت خطة الرسالة على الوجه الآتى :-

الباب التمهيدى وفيه فصول أربعة

الفصل الأول فى تعريف النكاح

الفصل الثانى فى حكمة مشروعية النكاح

الفصل الثالث فى الوصف الشرعي للزواج .

الفصل الرابع فى اركان عقد النكاح وشروطه وفيه مبحثان

المبحث الأول — فى اركان عقد النكاح

المبحث الثانى — فى شروط النكاح وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول — فى شروط انعقاد النكاح .

المطلب الثانى — فى شروط صحة الزواج

المطلب الثالث — فى شروط نفاذ عقد الزواج

المطلب الرابع — فى شروط لزوم عقد الزواج .

اما الباب الأول فقد جعلته فى فصلين :ـ

الفصل الأول تعريف الولايه وتقسيمها وحكمة مشروعيتها وفيه مباحث

المبحث الأول تعريف الولايه

المبحث الثاني تقسيم الولايه فى النكاح

المبحث الثالث حكمة مشروعية الولايه

الفصل الثانى شروط الولى وما يتعلق بها وفيه مباحث

المبحث الأول شروط الولي وتحته مطالب .

المطلب الأول البلوغ والعقل

المطلب الثاني الذكوريه

المطلب الثالث الحريه

المطلب الرابع اتفاق الدين

المطلب الخامس الرشد

المطلب السادس العداله

المبحث الثاني حكم العمى فى ولاية التزويج

المبحث الثالث حكم الأخرس فى ولاية التزويج

المبحث الرابع موانع أخرى للولايه

اما الباب الثاني فتحته فصول

الفصل الأول من تثبت عليه ولاية الاجبار ومن تثبت له وتحته مبحثان

المبحث الأول من تثبت عليه ولاية الاجبار وتحته مطالب

المطلب الأول الصغار وولاية الاجبار

المطلب الثاني علة الولايه على الصغيره

المطلب الثالث تزويج البكر المكلفه

المبحث الثاني مذهب الحنابله

المبحث الثالث مذهب الشافعيه

المبحث الرابع مذهب المالكيه

الفصل الثاني مناقشة اقوال الفقهاء والترجيح

اما الباب الرابع فتحته ثلاثة فصول

الفصل الأول ولاية الاختيار

الفصل الثاني حكم انعقاد النكاح بعبارة النساء وتحته مبحثان

المبحث الأول مذاهب الفقه في الموضوع وتحته مطالب

المطلب الأول المذهب الحنفي

المطلب الثاني المذهب المالكي

المطلب الثالث مذهب الشافعيه

المطلب الرابع مذهب الحنابله

المطلب الخامس حجج الجمهور

المطلب السادس رد الأحناف على الجمهور

المبحث الثاني المناقشة والترجيح .

الفصل الثالث ما يتحقق به الرضا وتحته مباحث

المبحث الأول مدخل فيما يفيد الرضا

المبحث الثاني مذاهب الفقه فيما يتحقق به الرضا وتحته مطالب

المطلب الأول المذهب الحنفي

المطلب الثاني الوضع لدى المالكية

المطلب الثالث مذهب الشافعيه

المطلب الرابع مذهب الحنابله

المبحث الثالث مناقشة الأقوال والترجيح

اما الخاتمه فقد خصصتها لبيان اهم نتائج البحث .

** الباب التمهيدى **

١ـ لما كان موضوع الرسالة هو (الولاية فى عقد النكاح) فقد رأيت أن أمهد له بالكلام عن مسائل وثيقة الصلة به .

وهذه المسائل التى اخترتها للتمهيد هي الآتية :ـ

(١) تعريف عقد النكاح .

(٢) حكمة مشروعية النكاح .

(٣) الوصف الشرعى للنكاح .

(٤) أركان عقد النكاح وشروطه .

وسوف يكون الكلام فى هذه الموضوعات على حسب الترتيب السابق مع مراعاة الايجاز المناسب للمقام لأنها موضوعات ممهدة للدخول فى موضوع الرسالة ومتصلة به اتصالا وثيقا وان كانت لا تدخل فى صميمه .

ـــ

(الفصل الأول)

* تعريف النكاح *

٢ـ جاء في القاموس وشرحه تاج العروس قوله: النكاح بكسر النون في كلام العرب الوطء في الأصل وقيل هو العقد له وهو التزويج لأنه سبب الوطء المباح وفي الصحاح النكاح الوطء وقد يكون العقد . واستعماله في الوطء والعقد مما وقع فيه الخلاف هل هذا حقيقة في الكل أو مجاز في الكل أو حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر . قالوا لم يرد النكاح في القرآن الا بمعنى العقد لأنه في الوطء صريح في الجماع وفي العقد كناية عنه .

قال ابن فارس : النكاح يطلق على الوطء وعلى العقد دون الوطء . ويقال نكحتها اذا وطئتها أو تزوجتها قال في المصباح يقال مأخوذ من نكحه الدواء اذا خامره وغلبه أو من تناكحت الأشجار اذا انضم بعضها الى بعض أو من نكح المطر الأرض اذ اختلط بثراها وعلى هذا يكون النكاح مجازا في العقد والوطء جميعا لأنه مأخوذ من غيره فلا يستقيم القول بأنه حقيقة لا فيهما ولا في أحدهما ويؤيده انه لا يفهم العقد الا بقرينة نحو نكح في بني فلان ولا يفهم الوطء الا بقرينة نحو نكح زوجته وذلك من علامات المجاز وان قيل غير مأخوذ من شيء فيعتبر الوطء والاشتراك واستعماله لغة في العقد أكثر وفي نسخة من المصباح فيترجح الاشتراك لأنه لا يفهم واحد من قسميه الا بقرينة قال شيخنا : وهذا من المجاز أقرب وقوله واستعماله لغة في العقد الخ هو ظاهر كلام جماعة وظاهر المصنف كالجوهري عكسه لأنه قدم الوطء ثم ظاهر الصحاح أن استعماله في العقد قليل أو مجاز وكلام المصنف يدل على تساويهما وفي اللسان نكحها ينكحها اذا تزوجها

ونكحها ينكحها اذا باضعها (١) .

٣- والنكاح في الاصطلاح هو عقد التزويج وبعبارة أخرى هو عقد وضعه الشارع ليفيد حل استمتاع كل من الزوج والزوجة بالآخر على الوجه المشروع وقال البعض انه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً (٢)

---

(١) تاج العروس للزبيدى ج ٢ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ هـ وانظر كذلك القاموس المحيط للفيروز أبادى ج ١ ص ١٦٣ - المصباح المنير للفيومى ص ٢٩٥ .

(٢) انظر تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمى ج ٧ ص ١٨٣ هـ فتح القدير ج٢ ص ٣٤١ هـ المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٤٥ هـ الشرح الصغير ج ٢ ص ١٩٣ هـ مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٢٣ هـ تنوير الأبصار وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٦٥، ٢٦٦ وقد عرف الزواج بأنه عقد يفيد ملك المتعه قصدا هـ أحكام الأحوال الشخصيه فى الفقه الاسلامى للدكتور محمد يوسف موسى طبعة سنة ١٣٧٨ هـ سنة ١٩٥٨م ص ٣٧ ـ احكام الشريعه الاسلاميه فى الأحوال الشخصيه تأليف عمر عبد الله الطبعه الأولى سنة ١٩٥٦م ص ١٦ الأحوال الشخصيه للدكتور عبد العزيز عامر ص ١ .

(الفصـــل الثانـــى)

* حكمة مشروعيـــة النكـــــاح *

٤ـ لا يتبادر الى الذهن من تعريف النكاح شرعا أنه قاصر على قضاء الوطــــر الجنسى بل ان له من الأغراض ما يسمو على هذا الغرض •

فالزواج رابطة روحية شرط به يسكن كل من الزوجين الى الاخر فتكـــون بينهما المودة والرحمة وتسمو العلاقــة بينهما عن مجرد علاقة حيوانيـــة مبناهاالشهوة البهيميــة فقط وهذا ظاهر فى قوله تعالى: (ومن آياتـــــه أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمـــة ان فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون)(1) وهذا السكن موجد للتمازج النفســـي الذى عناه المولى جل وعلا فى قوله تعالى: (هن لباس لكم وانتم لبـــاس لهــــن)(2)

وبالزواج تتكون الأسر والأسرة هي الوحدة الأولى التى يتكون منهــــا المجتمع فما المجتمع الا مجموع أسر وفى هذه الأسرة يتربى الفرد وتنمـــو فيه شتى الملكات التى توجهــه فى سلوكــه الاجتماعى •

وما من شك فى أن النكاح هو طريــق الانسال المنظم فبه يكثر النســـل فيعمر الكون ويحفظ النوع الانسانى على أحسن وجه وأتمه وقد حــــث النبى صلى الله عليه وسلم على طلب النسل بالنكاح فعن معقل بن يســـار أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : (انى أصبت امـــرأة ذات حسن وجمال وحسب ومنصب ومال وانها لا تلد • أفأتزوجهـــــا

---

(١) ســورة الروم آيــة رقم ٢١

(٢) ســورة البقرة آيــة رقم ١٨٧

فقال : لا ثم أتاه الثانية فنهاه ثم أتاه الثالثة فقال : تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم)(1)

ولا يمكن بحال أن يحصل حفظ النوع الانساني على الوجه السليم بغير النكاح فالنسل بغير النكاح لا يحيا حياة انسانية رفيعة تتفق مع الانسانية الحقة وتبتعد عن مجرد البهيمية وفضلا عن ذلك فالولد فى ظل الأسرة غيره بدون أسرة ترعاه وتحفظ عليه كرامته وانسانيته وتربي فيه ما يرفعه الى مدارج الكمال الانساني بعيدا عن حضيض الحيوانية .

والزواج راحة للطرفين فالمرأة تجد فيه تأمينا لرزقها فتتفرغ لبيتها وأولادها وسعادة زوجها فتنتج للمجتمع ما يحيله الى مجتمع ترفرف عليه السعادة والهناءة والرجل يستريح بالنكاح فيسعى فى الأرض لجلب الرزق الحلال لأهله وهو موقن أن لديه واحة خضراء وارفة الظلال يأوى اليها فى هجير الحياة ويكون له فى ذلك السكون والراحة التى تؤهله لمزيد من الجهاد فى سبيل حفظ نفسه وأهله وتعمير الكون . وليست متاعب الحياة الزوجية وتكاليفها بالنسبة للزوجين الا ضريبة الانسانية الرفيعة وتكاليفها التى لا يكون بدونها تدرج نحو الكمال الانساني .

٥ — ولهذه المعاني السابقة وغيرها حض الاسلام على الزواج ورغب فيه ودعا اليه الشباب .

فالقرآن الكريم حض على الزواج وبين مقاصده الرفيعة يقول الله تعالى (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة ، ان فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون)(2) وقال جل شأنه

---

(1) أخرجه ابو داود فى سننه فى كتاب النكاح باب النهى عن تزويج من لم يلد من النساء . السنن مع المعالم والتهذيب ج ٣ ص ٦ .
وأخرجه النسائى فى سننه فى كتاب النكاح باب كراهية تزويج العقيم ج ٦ ص ٦٥ ، ٦٦ .

(2) سورة الروم آية رقم (٢١)

(والله جعل لكم من انفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات ، أفبالباطل يؤمنون ، وبنعمة الله هم يكفرون)(1) .

والرسول عليه الصلاة والسلام حض على الزواج كذلك :

فعن ابن مسعود أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " يامعشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء "(2) .

وقد روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : " الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة "(3) وعن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : " ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المرأة الصالحة اذا نظر اليها سرته واذا غاب عنها حفظته ، واذا أمرها أطاعته "(4) .

وعن أنس أن نفرا من أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم قال بعضهم لا أتزوج ، وقال بعضهم : أصلي ولا أنام ، وقال بعضهم : أصوم ولا أفطر فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال : " ما بال أقوام قالوا كذا وكذا لكنى أصوم وأفطر ، وأصلي وأنام ، واتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني "(5) ، (6)

---

(1) سورة النحل آية رقم (٧٢)

(2) اخرجه البخاري فى صحيحه فى كتاب النكاح باب قول النبي صلى الله عليه وسلم (من استطاع الباءة فليتزوج) حديث رقم (٥٠٦٥) أنظر فتح الباري ج ٩ ص ١٠٦

(3) أخرجه مسلم فى صحيحه فى كتاب الرضاع باب استحباب نكاح البكر . صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ٥٦ .

(4) اخرجه ابن ماجه بنحو اللفظ المذكور فى كتاب النكاح باب افضل النساء . سنن ابن ماجه ج ١ ص ٥٩٦ ، رقم الحديث ١٨٥٧ . وجاء عقبه : فى الزوائد : فى اسناده علي بن يزيد ، قال البخاري : منكر الحديث وعثمان بن ابى العاتكه مختلف فيه ، والحديث رواه النسائي من حديث أبى هريره وسكت عليه وله شاهد من حديث عبد الله بن عمر .

(5) اخرجه البخاري فى صحيحه بنحو اللفظ المذكور فى كتاب النكاح باب الترغيب فى النكاح . فتح الباري ج ٩ ص ١٠٤ وأخرجه مسلم فى صحيحه بنحو اللفظ المذكور فى كتاب النكاح باب استحباب النكاح . صحيح مسلم بشرح النووي ج ٩ ص ١٧٦ . ـ (6) وانظر فى حكمة مشروعية النكاح فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٣ ـ المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٤٥ وما بعدها ـ مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٢٣ ـ الشرح الصغير ج ٢ ص ١٩٣ ـ الاحوال الشخصيه لمحمد يوسف موسى ص ٣٩ ـ الاحوال الشخصيه قسم الزواج لمحمد ابو زهره ص ١٨ وما بعدها ـ الاحوال الشخصيه للدكتور عبد العزيز عامر ص ١ وما بعدها .

(الفصـــل الثالـــــث)

* الوصف الشرعـــــي للـــــزواج *

٦- المراد بالوصف الشرعي ما يسمى في اصطلاح الأصوليين بالحكم التكليفـــي فيقال مثلا ان حكم الزواج الوجوب وحكم البيع الاباحة وحكم الميسر الحرمـة وهكـذا .

٧- وحكم الزواج بالمعنى السابق يختلف باختلاف حال المكلف من حيث قدرته المالية واستعداده الجسمي والخلقي فليس له حكم واحد يشمـــل جميع المكلفين بل ترد عليه أحكام مختلفـة .

فقد يكون الزواج فرضا . وهذا اذا كان المكلف قادرا على نفقـــات الزواج وعلى العدل مع أهله ان تزوج وهو في نفس الوقت متأكد من الوقـــوع في الزنا اذا لم يتزوج وأساس ذلك أن ترك الزنا فرض وعدم التزوج يوقـــع فيه حتما فلزم الزواج حتى لا يقع المكلـف في هذه الجريمة ما دام أنه ليس في ذلك ظلم لأحـد ويكون الزواج فرضا لأن من المعروف أن مالا يتحقـــق الفرض الا به فهو فرض وقد يكون الزواج واجبا اذا كان المكلف قادرا علـــى تكاليفـه وعلى العدل مع أهله وكان يخشى أن يقع في الزنا اذا لم يتـــزوج ومعروف أن الالزام هنا دونه في الفرض اذ الواجب أقل درجة من الفـــرض عند فقهاء الحنفيـه (١) .

---

(١) جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الواجب والفرض فما طلب من المكلف فعله علـــى سبيل الالزام يسمى واجبا اوفرضا وعند الحنفيـه ان الفرض هو ما طلـــب من المكلف فعله على وجه الالزام وكان ثابتا بدليل قطعي الثبوت قطعـــي الدلالة والواجب هو المطلوب من المكلف فعله على وجه الالزام وكان الطلـــب ثابتا بدليل ظـــني الثبـوت اوظنـــي الدلالـــه .
انظر شرح الكوكب المنير في اصول الفقه للعلامة الشيخ محمد بن أحمد بـــن عبـــد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار ج ١ ص ٣٥٣ تحقيق الدكتور محمد الزحيلي ، الدكتور نزيـه حماد .

وقد يكون الزواج حراما وهذا اذا كان المكلف غير قادر على تكاليف الزواج أو تيقن أنه سيظلم زوجته ولا يقوم بحقوق الزوجية وواجباتها اذا تزوج وسبب كون الزواج حراما هنا أن فيه اضرارا بالزوجه والحديث يقول" لا ضرر ولا ضرار"(١) فالاضرار بالزوجة حرام ومن ثم يكون ما يوصل اليه حراما لكن حرمة الزواج هنا ليست لذاته بل لغيره لأنه يؤدى الى الحرام .

وقد يكون الزواج مكروها وذلك اذا غلب على ظن المكلف أنه يقع في الظلم ان تزوج فالكراهة هنا خشية أن يؤدى الزواج الى الظلم المتوقع .

٨- واذا كان المكلف في حال الاعتدال بمعنى أنه لا يقع في الزنا اذا لم يتزوج ولا يخشاه كما أنه لا يظلم أهله اذا تزوج ولا يخشى ذلك فان الفقهاء اختلفوا في الوصف الشرعي للزواج في هذه الحالة .

فجمهور الفقهاء ومعهم الحنفية يرون أن الزواج هنا مندوب بمعنى أنه مطلوب من المكلف لكن ليس على سبيل الحتم وتعبير بعض الفقهاء بأنه سنة مؤكدة لا يخرج به عن حيز المندوب لأن هناك تساهلا في التعبير فقد يطلق لفظ المستحب أو المندوب ويراد به السنة كما قد يطلق لفظ السنة ويراد به ما هو مستحب أو مندوب فهناك تقارب في المعنى بين هذه المصطلحات .

وهناك رأى بأن الزواج في الحالة التى نحن بصددها مباح وليس بسنة أو مندوب وهذا هو رأى الشافعي .

ومذهب الظاهرية ان الزواج هنا فرض على القادر على الانفاق على زوجته .

٩- وقد استدل لرأى الشافعي بأن النصوص عبرت في كثير من الأحيان عن الزواج بالحل وهذا في معنى الاباحة .

---

(١) ذكره السيوطى فى الجامع الصغير وعزاه الى الامام احمد وابن ماجه من حديث ابن عباس وابن ماجه من حديث عباده ورمزله بالحسن وذكر المناوى فى شرحه ان النووى حسن الحديث فى الأذكار ونقل عن الهيثمى انه قال فيه رجاله ثقات ونقل عن العلائي انه قال للحديث شواهد ينتهى مجموعها الى درجة الصحة أو الحسن المحتج به .
انظر فيض القدير شرح الجامع الصغير ج ٦ ص ٤٣١ الى ٤٣٢ ط الثانيه دار المعرفه بيروت .

من ذلك قوله تعالى: (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين)[1] وما دام لفظ الحل في معنى الاباحة فلا يتأتى أن يدل على الوجوب ولا على الندب[2] وان الزواج من جنس الأعمال الدنيوية مثل الأكل والشرب وفيه قضاء الشهوة وهو مما يميل اليه الطبع فمن يقوم به انما يعمل لنفسه وذلك من خواص المباح .

١٠ — ومما استدل به لرأى الظاهرية ان النصوص في الزواج وردت بصيغة الأمر ومنها قوله تعالى: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء)[3] وقوله تعالى (وأنكحوا الأيامى منكم)[4]

ومنها قول الرسول صلى الله عليه وسلم " يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج ... "[5] الحديث .

فهذه كلها نصوص وردت بصيغة الأمر الدال على الفرضية ولم يرد ما يفيد ان الأمر مقصود به غير ذلك فتكون دالة على كونه فرضا .

ومما سيق لتدعيم رأى الظاهرية أن الانسان ولو كان في حال الاعتدال عرضة للزنا ، ومن الواجب عليه أن يحتاط لنفسه بالزواج فكان مطلوبا طلبا لازما .

---

(١) سورة النساء آية رقم (٢٤)
(٢) المباح هو مالم يطلبه الشارع ولم يمنعه — والمندوب ، هو ما طلبه الشارع من غير تحتيم أو الزام . والواجب هو ما طلبه الشارع وألزم به ، ولكن ثبت بدليل ظني فيه شبهة . والفرض هو ما طلبه الشارع وألزم به وثبت فيه الطلب بدليل قطعي لا شبهة فيه . والمحرم هو ما ثبت النهي عنه بدليل قطعي لا شبهة فيه . والمكروه هو ما نهى الشارع عنه لكن النهي عنه ثابت بدليل ظني فيه شبهة فهو يقابل الواجب — كما ان المحرم مقابل للفرض (انظر اصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ١٠٥ — ١١٥) وهذا التعريف يتأتى على مذهب الحنفية لأن الجمهور لا يفرقون بين الواجب والفرض
(٣) سورة النساء آية رقم (٣) .
(٤) سورة النور آية رقم (٣٢) .
(٥) سبق تخريجه في ص ٦ .

١١- ومما استدل به لرأى الجمهور ان الطلب الوارد فى بعض النصوص للندب لا للالزام ومن ذلك أن حديث " يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء "(١) يدل على أنه ليس مطلوبا طلب حتم والزام لأنه صلى الله عليه وسلم طلب من غير القادر على نفقات الزواج أن يعصم نفسه بالصوم وليس هذا شأن الطلب على سبيل الحتم والالزام .

والزواج لم يرد من بين الفروض التى أتت بها الشريعة ، والدين وصل الينا كاملا يقول جل وعلا (اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا)(٢) ولو كان الزواج فرضا لازما لكان من بين الفروض فى هذه الشريعة الأمر الذى لم يحصل فليس الا أنه ليس فرضا فى كل حال .

١٢- ومما يرد به الجمهور على الشافعية أن النبى صلى الله عليه وسلم دام على الزواج حتى قبض ولو كان التخلى عنه الى النوافل أفضل لفعل كما أنه طريق لصيانة النفس عن الفحشاء والمنكر والقيام على شئون الأهل والولد وهذا كله يفضل القيام بالنوافل .

ورأى الحنفيه والجمهور هو الصحيح لما بنى عليه من حجج سائغة.

١٣- ويجدر القول بأن حال الاعتدال التى نحن بصددها هي الغالبة وغيرها من الأحوال أمور طارئة عارضة لبعض الأشخاص ولهذا تعد حال الاعتدال هي الأصل فى موضوع حكم الزواج شرعا فيقال ان حكم الزواج الندب وهذا على قول الجمهور .

---

(١) سبق تخريجه فى ص ٦
(٢) سورة المائده آية رقم (٣)

١٤- بقيت حالة قد يثور فيما السؤال ما حكمها ؟ وهي تلك الحالة التي يتيقن المكلف فيها انه سيقع في الزنا اذا لم يتزوج وأنه سيقع في ظلم زوجته اذا تزوج ، أيغلب جانب الفرض فيتزوج أم يغلب جانب الحرمة فلا يتزوج . لاشك أن المحرم لا يبيح المحرم . فهذا المكلف عليه شرعا أن لا يظلم زوجته اذا تزوج ، وأن لا يقع في الزنا اذا لم يتزوج . فعليه أن يجاهد النفس لكي يعدل مع زوجته اذا اختار الزواج ، وعليه أن يجاهد نفسه ويكبح جماح شهوته اذا اختار عدمه ، ويدل على ذلك قوله تعالى (١) "(وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله)"

ومعنى وليستعفف: أن يجتهد في طلب العفة ومجاهدة شهوته . ولعل الرسول صلى الله عليه وسلم يشير الى هذا المعنى أيضا في الحديث الشريف : " يا معشر الشباب : من استطاع منكم الباءة فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء " (٢) وما من شك في أن الصوم في هذه الحالة مهذب للنفس مضعف للشهوة البهيمية مقو للنورانية في الانسان وبهذا الهدى النبوى يمكن للانسان أن يجاهد نفسه ويكبح جماح شهواته (٣) .

---

(١) سورة النور آية رقم (٣٣)

(٢) سبق تخريجه في ص : ٩

(٣) راجع في صفة الزواج شرعا : بدائع الصنائع للكاساني ج ٢ ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ - فتح القدير ج ٢ ص ١٠٠ وما بعدها - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٦ ، ٧ . طبعه ثانيه سنة ١٣٨٦ هـ سنة ١٩٦٦ م تصوير دار الفكر ببيروت سنة ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م الشرح الصغير ج ٢ ص ١٩٣ - مغني المحتاج ج ٣ ص ١٢٥ - المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٤٦ وما بعدها - المحلى لابن حزم ج ٦ ص ٤٤٣ وما بعدها .

وراجع كذلك الأحوال الشخصيه لمحمد أبو زهره ص ٢١ وما بعدها - أحكام الاحوال الشخصيه للدكتور محمد يوسف موسى ص ٤٠ - أحكام الشريعة الاسلاميه في الأحوال الشخصيه لعمر عبد الله ص ٢٠ وما بعدها - الأحوال الشخصيه للدكتور عبد العزيز عامر ص ٤ وما بعدها طبعة مليمنه ببيروت سنة ١٩٦١ م .

(الفصل الرابع)

* أركان عقد النكاح وشروطه *

١٥- أتكلم فيما يلي في عجالة عن أركان عقد الزواج وعن شروطه لأقدم بهذا الكلام لموضوع رسالتي في الولاية في عقد النكاح .

* المبحث الأول *

* أركان عقد النكاح *

١٦- ركن الشيء في الاصطلاح هو ما به قوام هذا الشيء ولا تتحقق ماهيته الا به لكونه جزءا منه كالركوع والسجود في الصلاة .

أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجا عن حقيقته ومثله الوضوء بالنسبة للصلاة .

فالركن اذا جزء من حقيقة الشيء والشرط خارج عن حقيقة الشيء وان كان يتوقف على وجود كل من الركن والشرط وجود الشيء شرعا بحيث تترتب عليه أحكامه (1) .

وركنا عقد النكاح هما الايجاب والقبول فهو لا ينعقد الا بهما .

والايجاب هو ما صدر من أحد العاقدين أولا للدلالة على ارادته أن ينشيء العقد وعلى رضاه به .

والقبول هو ما صدر ثانيا من العاقد الآخر للدلالة على موافقته وعلى رضاه بما أوجبه الأول بقصد اتمام العقد .

والذي صدر عنه الايجاب يسمى الموجب والذي صدر عنه القبول يسمى القابل .

---

(1) انظر احكام الشريعه الاسلاميه في الأحوال الشخصيه لعمر عبدالله ص ٤٠

ويتكون من مجموع الايجاب والقبول العقد فهو عبارة عن ربط الايجاب بالقبول على وجه ينشأ عنه الزواج ، ويحصل ذلك بوقوع الكلام الثاني الذي هو القبول جوابا معبرا محققا لغرض الكلام الأول الذي هو الايجاب (١) .

١٧ـ صيغة الايجاب والقبول :

الأصل في صيغ العقود في الفقه الاسلامي أن تكون بلفظ الماضي لأن الألفاظ الماضية هي التي تدل على انشاء العقود لغة .

وقد استثنى عقد النكاح من بين العقود وأجيز ان ينعقد بلفظين أحدهما للماضي والآخر للمستقبل أو للحال .

وعلى سبيل المثال يجوز أن يقول الخاطب للمخطوبة : زوجيني نفسك فتقول هي : قبلت . اويقول والد المخطوبة للخاطب : أزوجك ابنتي فيقول الخاطب : قبلت . على رأي بعض أهل العلم

وانما أجيز في الزواج أن يكون بصيغة المستقبل لأن الذي يمنع جواز هذه الصيغة في العقود الأخرى هو احتمال المساومه وهذا بعيد عن الزواج لأنه مسبوق بمقدمات تمنع احتمال المساومة وتعيين ارادة الانشاء حالا .

وصيغة الأمر فيها معنى التوكيل فاذا قال لها : زوجيني نفسك وقالت هي قبلت فكأنه وكلها وهي أنشأت العقد عنها وعنه بعبارتها هي وعقد الزواج يجوز فيه أن يتولاه واحد عن الطرفين .

ويشترط في الصيغة أيضا كونها منجزة ليست معلقة على شرط ولا مضافة للزمن المستقبل وذلك لأن عقد النكاح يترتب عليه أحكامه

---

(١) المرجع السابق .

فور انشائه فلا تتراخى آثاره عن السبب الذى هو الصيغة وهذا ينافي التعليق ، كما ينافي الاضافة .

فالصيغة المعلقة تفيد انشاء العقد في المستقبل عند وجود أمر قد يحصل وقد لا يحصل .

والصيغة المضافة ينشأ بها العقد في الحال لكن تتراخى أحكامه لزمن مستقبل .

فكلا الأمرين ، التعليق والاضافة لا يتفق مع حقيقة النكاح الشرعيه . (١)

ـ المبحث الثاني ـ

* شروط النكاح *

١٨ ـ شروط النكاح قد تكون شروط انعقاد وقد تكون شروط صحة وقد تكون شروط نفاذ وقد تكون شروط لزوم .

فشروط انعقاد النكاح هي تلك الشروط التي لا ينعقد الا بها فيجب ان تتحقق عند انشائه فاذا تخلف أحدها فان العقد لا يكون له وجود شرعي فلا يترتب عليه أى حكم من أحكام العقد .

والمراد بشروط الصحه تلك الشروط التى بدونها لا يكون العقد موجودا وجودا يعتبره الشارع وتترتب عليه أحكام العقد .

---

(١) الأحوال الشخصيه للدكتور عبدالعزيز عامر ص ٢٢ ـ الأحوال الشخصيه لمحمد أبو زهره ص ٤٠ ، ٤١ .
وراجع مع ذلك اعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٣٨ وقد جاء به ما يفيد أنه ورد عن الامام احمد جواز تعليق النكاح ففيه ما نصه : (نص الامام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط وهذا هو الصحيح) .

والمراد بشروط النفاذ تلك الشروط التي بدونها لا ينفذ العقد على كلا العاقدين بل يظل موقوفا حتى يجيزه من له حق الاجازة فينفذ .

أما شروط اللزوم فهي التي لا يكون العقد لازما بالنسبة لكل من طرفيه الا بوجودها فاذا لم تكن متوافرة كلها أو بعضها يكون هنالك حق فسخ العقد .

وفيما يلي كلمة موجزة عن كل نوع من الشروط المذكورة آنفا ، وقد اشتملت على المطالب الآتيـة .

(المطلب الأول)

« شروط انعقاد النكاح »

١٩ـ من هذه الشروط :

(١) أن يكون كل من العاقدين مميزا فان كان أحدهما فاقد الأهلية بأن كان صغيرا غير مميز أو مجنونا أو معتوها غير مميز فان العقد لا ينعقد بعبارته اذ هي ملغاة لا أثر لها لأن عقد الزواج كغيره من العقود يتطلب الارادة والرضى من العاقد وهذا لا يتوافر الا مع التمييز الذي هو منعدم هنا .

ويستوي في هذا أن يعقد العاقد لنفسه أو لغيره .

وناقص الأهلية يصح عقده النكاح بالنيابة عن غيره أما عقده لنفسه فموقوف على اجازة من يملك الاجازة .

وكامل الأهلية يصح عقده عن غيره ولنفسه .

والسفيه يعتبر في النكاح كامل الأهلية اذ الحجر عليه لا دخل له في النكاح وآثاره .

(٢) ومن شروط الانعقاد كذلك ان يتحد مجلس الايجاب والقبول فلو تفرقت المجالس بعد حصول الايجاب وقبل القبول فان الايجاب يبطل .

وليس المقصود باتحاد المجلس حصول القبول عقب الايجاب بل ان اتحاد المجلس يتحقق وأن طال مجلس العقد ما دام لم يفصل بين الايجاب والقبول ما يدل على الاعراض عن الايجاب فاذا حصل الاعراض عن الايجاب فهو قاطع له فلو حصل القبول بعد هذا الاعراض فانه لايصادف ايجابا قائما لكي يحصل من تلاقيهما العقد وقد يكون الاعراض بالفصل بكلام أجنبي وان لم تفترق الأبدان وقد يكون بترك المجلس لأمر لا علاقة له بعقد الزواج .

والعبرة في الانعقاد برسالة رسول أو بكتاب مكتوب انما تكون بمجلس تبليغ الرسالة أو وصول الكتاب المكتوب .

(٣) ومن شروط الانعقاد كذلك أن لا يرجع الموجب عن الايجاب قبل القبول فان حصل الرجوع عن الايجاب قبل القبول فان القبول لا يصادف ايجابا قائما حتى ينعقد بتلاقيهما عقد النكاح .

(٤) ومنها كذلك أن يوافق القبول الايجاب فاذا خالفه لا ينعقد النكاح .

(المطلب الثاني)

* شروط صحة الزواج *

٢٠ ـ يشترط لصحة عقد النكاح حصول الشهادة عليه وكون المرأة محلا للزواج ممن خطبها .

أما الشرط الأول وهو الشهادة على النكاح فسنده قول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا نكاح الا بشهود "[1] وقوله " أعلنوا هذا النكاح "[2]

---

(١) انظر جامع الترمذي مع شرحه تحفة الأحوذي كتاب النكاح باب لا نكاح الا ببينة ٤: ٢٣٤
(٢) انظر المصدر نفسه كتاب النكاح باب اعلان النكاح ٤: ٢١٠

وانما اشترطت الشهادة فى هذا العقد دون سائر العقود لخطره ولعظيم شرفه ولما يبنى عليه من آثار ونتائج هامة من نفقة ونسب وارث وغير ذلك ولأن بالشهادة يتحقق الاعلان فى هذا العقد والاعلان مأمور به للحديث المذكور آنفا وذلك لأن بالاعلان ترتفع الشبهات والشكوك ومقالة السوء فى العلاقة بين الرجل والمرأة بالزواج ، وهذا أمر يحرص عليه الاسلام الحرص كله .

وللشهادة كلام فى جملة أمور منها ما يشترط فى الشهادة وحكم الاتفاق على كتمانها وأرى ترك الكلام فى هذه الأمور لأن بحثى لايحتاج الى ذلك (١) .

٢١ - والشرط الثانى من شروط صحة الزواج هو كون المرأة محلا للزواج من العاقد المعين الذى يريد الزواج بها معناه ان الزواج لا يصح اذا كانت محرمة عليه حرمة مؤبدة كأخته وعمته وخالته أو حرمة مؤقتة كزوجة غيره ومعتدته والخامسة على أربع فى عصمته .

ومعنى كون المرأة محلا للزواج بالعاقد المعين أن المحلية هنا نسبية وهي كون المرأة محلا للعقد بالنسبة للعاقد المذكور .

---

(١) راجع فيما ذكر فى الصلب عن الشهاده - حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٩٧ - البدائع ج ٢ ص ٢٥٢ وما بعدها - فتح القدير ج ٢ ص ٣٥١ وما بعدها المبسوط السرخسى ج ٥ ص ٣٠ وما بعدها . وراجع ايضا نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢١٣ وما بعدها - الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٢٠ و ص ٢٢١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ٢ ص ١٧ - كشاف القناع ج ٣ ص ٣٧ وما بعدها - المحلى لابن حزم ج ٦ ص ٣٩٣ - البحر الزخار ج ٣ ص ٢٣ وما بعدها - الروض النضير ج ٤ ص ١٧ ، ١٨ وراجع كذلك الأحوال الشخصيه للدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٩ ومابعدها .

أما كون المرأة محلا للزواج بمعنى أن تكون امرأة محققة الأنوثة فهذه هي المحلية الطبيعية أو المطلقة وهي بهذه المثابة من شروط الانعقاد لا من شروط الصحة .

وعلى كل حال فان التفرقة بين شروط الانعقاد وشروط الصحة مفيدة بالنسبة لعقود المعاملات المالية لأن في هذه يقرر المذهب الحنفي تفرقة جوهرية بين باطل العقود وفاسدها فانه اذا تخلف شرط الانعقاد كان العقد لا وجود له وان تخلف شرط الصحة كان للعقد وجود ولكنه يعتبر عقدا فاسدا .

أما في النكاح فان المقرر عند كثير من الأحناف انه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده ففاسده باطل وباطله فاسد لأن الشارع لا يعترف لكليهما بوجود (١) .

(المطلب الثالث)

* شروط نفاذ عقد الزواج *

٢٢ـ اذا استوفى عقد الزواج شروط الانعقاد وشروط الصحة فقد انعقد صحيحا .

لكن يجب لكي يكون نافذا فتترتب عليه آثاره على العاقدين أن تكون للعاقد ولاية في انشاء عقد النكاح .

وتكون ولاية الانشاء متوافرة اذا كان كل من العاقدين حرا بالغا عاقلا يعقد لنفسه فهنا بمجرد توافر شروط الانعقاد وشروط الصحة يكون العقد نافذا فتترتب عليه آثاره بالنسبة للعاقدين في الحال .

---

(١) راجع الأحوال الشخصيه لمحمد ابوزهره ص٥١ وما بعدها ـ الأحوال الشخصيه للدكتور عبد العزيزعامر ص ٣٣ .

وقد لا يعقد الشخص لنفسه ولكن لغيره وتكون ولاية الانشاء متوافرة لديه وهذا يكون فيمن يعقد لغيره بصفة كونه وكيلا عنه وفيمن يعقد لغيره بصفته وليا عليه فكل من الوكيل والولى له سلطة شرعية فى الانشاء اذ توجد انابة بحكم الشرع وذلك فى الولاية أو بالتوكيل وذلك فى الوكالة فاذا كان العاقد نيابة عن غيره بالولاية أو بالوكالة كامل الأهلية فان العقد يكون نافذا فتترتب آثاره على العاقدين في الحال ٠

٢٣— ومن ناحية أخرى لا يكون العقد نافذا ويعتبر موقوفا على اجازة من له الاجازة اذا كان أحد الزوجين أو كلاهما ناقص الأهلية كالصبى المميز الذي يتولى عقد زواجه بنفسه فالعقد هنا صحيح لكنه موقوف على اجازة من له حق الاجازه فان أجازه نفذ والا بطل من أول الأمر

والذى قيل فى ناقص الأهلية يقال فى الذي يعقد عن غيره من غير انابة من ولاية أو وكالة فانه يكون فضوليا يصح عقده لكنه يتوقف على اجازة من له الاجازة لكي ينفذ وعلى سبيل المثال الولى المتأخر لا ينفذ العقد بانشائه لكن يتوقف على اجازة الولي المتقدم عنه كالأخ مع وجود الأب المستجمع لشروط الولاية فالولى المتأخر هنا يأخذ حكم الفضولى ٠

والمرأة فى مذهب أبى حنيفه وفى رواية عن أبى يوسف لها كل الولاية فى أمر زواجها ما دامت بالغة عاقلة ويصح العقد بعبارتها وينشأ وان كان الأحب لها أن توكل عنها فى زواجها وليها ولكن الجمهور على أن المرأه ليس لها أن تزوج نفسها بنفسها وأن العقد لا ينشأ بعبارة النساء وان كان ليس له عليها اجبار فهو يشترك معها فى اختيار الزوج ويباشر العقد عنها ٠

وهذا الأمر وما سبقت الاشارة اليه بخصوص الولاية فى عقد الزواج سيأتى بيانه مفصلا بعون الله وتوفيقه لأنه هو موضوع الرسالة ٠

(المطلـــب الرابـــــع)

* شروط لـزوم الـــــــــزواج *

٢٤ـ معنى لزوم عقد الزواج أن لا يكون لأحد الحق في فسخه فيشتـرط في عقد الزواج لكي يكون لازما أن لا يكون لأحد أن يفسخه .

وعلى هذا اذا زوج الرجل الكامل الأهلية نفسه بنفسه أو بوكيلـه فان الزواج يلزم ما دام قد استوفى شروط الانعقاد وشروط الصحـة ولا يكون له أن يطلب فسخ العقد .

واذا زوجت المرأة نفسها وكانت كاملة الأهلية ولم يكن لها ولي واستوفى العقد شروط الانعقاد وشروط الصحه فانه يلزم ولا يكون لها أن تطلب فسخه ولوكان زواجها من غير كفء أو بدون مهر المثل . واذا تزوجت من غير كفء لها وكان لها ولي عاصب لم يرض بذلـك فان العقد لا يكون لازما بالنسبة له ويكون له حق طلب فسخه[(١)] .

وعلى كل حال فشرط اللزوم له صلة وثيقه بموضوع الرسالة التي هـي في الولاية في النكاح ومن ثم لزم الاشارة لذلك مع الاحاله في مباحث هـذا الأمر وتفصيلاته على ما يأتي من الكلام في موضوع الرسالـه .

وبهـذا أكون قدمت بما ذكر من موضوعات في عقد النكاح للكلام عـن رسالتي المذكورة .

---

(١) هذا وكون الكفاءة شرط لزوم هو ظاهر مذهب ابي حنيفه وعلى روايـة الحسن بن زياد عن ابي حنيفـة تعتبر شرطا لصحة الزواج وفي روايـة انها شرط نفاذ فاذا لم تتحقق كان العقد موقوفا على اجازة الولـي فان أجازه نفذ والا بطل (راجـع فتـح القديـر ٣ص١٥٧) .

البـــاب الأول

يشتمل هذا الباب على فصليـــــــــــــــين :

الفصـــل الأول : فى تعريف الولايه وتقسيمها وحكمة مشروعيتهـــــــــــا .

الفصل الثانى : فى شـــروط الولـــي وما يتعلـــــق بهـــــــا .

(الفصل الأول)

* تعريف الولاية وتقسيمها وحكمة مشروعيتها *

* المبحث الأول *

* تعريف الولاية *

٢٥ ـ الولي لغة له معان كثيرة منها المحب وهو ضد العدو ومنها الصديق ومنها النصير من والاه اذا نصره ، وولي الشيء وولي عليه ولاية وولاية بالكسر والفتح ، أو هي بالفتح المصدر وبالكسر الاسم لأنه اسم لما توليته وقمت به فاذا أرادوا المصدر فتحوا وهذا نص سيبويه وقيل الولاية بالكسر الخطة والامارة وقال ابن السكيت الولاية بالكسر السلطان قال ابن بري وقرئ قوله تعالى (مالكم من ولايتهم من شيء)(1) الآية بالفتح وبالكسر بمعنى النصرة وأوليته الأمر فوليه أى وليته اياه تولية ، والولاء كسماء الملك وهو اسم من المولى بمعنى المالك والمولى له مواضع فى كلام العرب وقد تكرر ذكره فى الآية والحديث فمن ذلك المولى المالك من وليه ولاية اذا ملكه ويطلق على العبد والأنثى بالهاء وايضا المعتق كمحسن وهو مولى النعمة أنعم على عبده بعتقه والمعتق كمكرم لأنه ينزل منزلة ابن العم يجب عليك أن تنصره وأن ترثه أن مات ولا وارث له كما يطلق أيضا على الصاحب وعلى القريب ، كابن العم ونحوه ويطلق أيضا على الجار والحليف وهو

---

(1) سورة الأنفال آيه رقم ٧٢

من الضم أليك فمز بعزك وامتنع بمنعتك وقال أبو الهيثم المولى الابن والعم والعصبات كلهم وقال غيره المولى النزيل وأيضا الشريك وأيضا ابن الأخت .

وأيضا الولي الذي يلي عليك أمرك وهما بمعنى واحد ومنه الحديث " أيما امرأة نكحت بغير اذن مواليها فنكاحها باطل ثلاث مرات فان دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها ، فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له "[1] وفي رواية أخرى بلفظ " لاتنكح المرأة بغير أمر وليها ، فان نكحت فنكاحها باطل ثلاث مرات ، فان اصابها فلها مهر مثلها بما أصاب منها ، فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له[2].

أقول: وقد عد العلامة الزبيدي في تاج العروس للمولى أحدا وعشرين معنى .

والفعل ولي يتعدى بنفسه وبحرف الجر تقول وليت الصبي ووليت عليه اذا كنت تقوم بأموره وتملك عليه التصرف في شؤونه ففي قيامك بهذا فانك بلامراء تنصره وتحبه[3].

٢٦ — وقد عرف البعض الولاية شرعا في النكاح بأنها تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى ، وقد احترز بعبارة شاء أو أبى عن

---

(١) اخرجه أبو داود في كتاب النكاح باب في الولي — مختصر السنن للمنذري مع معالم السنن للخطابي مع تهذيب السنن لابن القيم ج ٣ ص ٢٦ ، ٢٧ ، وانظر عون المعبود ٦ ، ٩٨ — ٩٩ ، وأخرجه الترمذي في جامعه في أبواب النكاح باب ما جاء لا نكاح الا بولي بلفظ " أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " وقال عقبه هذا حديث حسن . انظر تحفة الأحوذي ٢ ، ١٧٦ الطبعة الهندية .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ٧ ص ١٠٥ .

(٣) تاج العروس للزبيدي ج ١٠ ص ٣٩٨ وما بعدها نسخه مصوره من الطبعه الأولى بالمطبعه الخيريه بمصر سنة ١٣٠٦ هـ — القاموس المحيط للفيروزابادي ج ٤ ص ٤٠٤ طبعة دار الجيل — موسوعة اصطلاحات العلوم الاسلاميه (المعروف بكشاف اصطلاحات الفنون) للشيخ المولوي محمد أعلى بن علي التهانوي ج ٦ ص ١٥٢٨ نشر مطبعة الخياط بيروت.

ولاية الوكيل لأن الولاية المعرفة هنا خاصة بولاية الاجبار وهناك في باب النكاح ولاية أخرى تغاير ولاية الاجبار يتوقف فيها نفاذ تصرف الولي على رضا المولى عليه وهي تعرف لدى الحنفية بولاية الندب او الاستحباب .

ولذلك عرف البعض الولاية بنوعيها المذكورين بأنها تنفيذ القول على الغير في النفس وعبارة في النفس هي قيد لاخراج ولاية المال فحسب ويقصد بالولاية على المال القدرة على انشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال نافذة من غير حاجة الى اجازة أحد .

وكون التعريف لولاية النكاح بأنها تنفيذ القول على الغير في النفس انما يشمل نوعي الولاية في التزويج لأن هذا التنفيذ اما أن يتوقف على رضا المولى عليه أولا فان توقف على هذا الرضا فالولاية ولاية ندب واستحباب وان لم يتوقف على هذا الرضا فان الولاية ولاية اجبار فأمكن بذلك القول بأن التعريف المذكور يشمل النوعين .

ومما يدل على ذلك قول ابن عابدين في تعليقه على عبارة شاء أو أبى بالقول انها للاحتراز عن ولاية الوكيل والمراد بها ولاية الندب ومن هذا يستفاد ان عبارة (تنفيذ القول على الغير) تتناول الى جانب ولاية الاجبار ولاية الندب .

ويخلص مما تقدم أنه يمكن تعريف ولاية الاجبار بأنها

تنفيذ القول على الغير فى النفس بلا توقف على رضاه كما فى الولاية على الصغير ومن فى حكمه والتقييد بعبارة بلا توقف على رضاه دون عبارة شاء أو أبى لأن من تثبت عليه هذه الولاية لا مشيئة له ولا اباء شرعا لأن انعدام أهلية هؤلاء سببه عدم العقل أو نقصانه فكان ما قيد به تعريف ولاية الاجبار من عدم التوقف على رضا المولى عليه اولى من قولهم شاء اوأبى .

ويمكن تعريف ولاية الندب شرعا بأنها تنفيذ القول على الغير فى النفس برضاه كما هو الشأن فى الولاية على الحرة المكلفة ومما جاء فى هذا التعريف القول برضاه وهو قيد جىء به للاحتراز عن ولاية الاجبار لأن من له ولاية الاختيار يتوقف نفاذ تصرفه على رضا المولى عليه (1)

---

(1) (راجع فيما ذكر فى الصلب حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٥٤ وما بعدها الطبعه الثانيه سنة ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٦ م فى نسخة مصورة دار الفكر ببيروت سنة ١٣٩٩ هـ ـ ١٩٧٩ م ـ كتاب التعريفات لعلى بن محمد الشريف الجرجانى اخراج مكتبة لبنان ببيروت ص ٢٧٥ ـ الأحكام الشرعيه للأحوال الشخصيه لزكى الدين شعبان طبعة دار التأليف ص ١٩٦ وقد عرف الولاية على النفس بأنها القدرة على انشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة الى اجازة أحد كما عرف الولاية على المال بأنها انشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال نافذة من غير حاجة الى اجازة أحد ـ الأحوال الشخصية لعمر عبد الله ص ١٤٨ ـ الأحوال الشخصية للدكتور عبد العزيز عامر

٢٧- وبعد البيان المتقدم لتعريف الولاية لغة وشرعا نلاحظ أن هناك مناسبة بين المعنى اللغوى والمعنى الشرعي فالمعنى الشرعي يشعر بأن الولاية هي القيام بما فيه النفع والمصلحة لمن تثبت عليه وفى هذا نصرة ومحبة للمولى عليه وبه يتحقق المعنى اللغوى والشرعي فكلما تحقق المعنى الشرعي تحقق المعنى اللغوى لا العكس.

- وقد قال ان الولاية سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على انشاء العقود والتصرفات وقد أتى بتقسيمات للولاية منها أن الولاية قاصرة ومتعدية فالأولى ولاية الشخص على نفسه وعلى ماله والثانية هي ولاية الشخص على غيره وقال ان الولاية المتعدية هذه تنقسم بدورها الى ولاية على المال وولاية على النفس فالأولى مجالها انشاء وتنفيذ العقود الخاصة بالأموال والثانيه هى التى تجعل لمن تثبت لـه القدرة على انشاء عقد الزواج الخاص بالمولى عليه وتنفيذه من غير أن تكون هناك حاجة لاجازة من أحد وقد تجتمع الولاية على النفس والولاية على المال فى شخص واحد كولاية الأب على أولاده فاقدى الأهليه او ناقصيها .

(المبحث الثاني)

* تقسيم الولايه في النكاح *

٢٨ — تنقسم الولاية في النكاح الى قسمين وقد أشرت لذلك عند الكلام في تعريف ولاية النكاح شرعا ، والآن أذكر بعض البيان لهذين القسمين وهما :

ولاية اجبار وفيها يستقل الولي بانشاء عقد الزواج على المولى عليه دون مشاركة أحد ويكون العقد نافذا على المولى عليه .

وبعبارة أخرى هي الولاية التى يستقل فيها الولي بانكاح من في ولايته شاء أو أبى .

قال ابن عابدين عن ولاية الاجبار انها : (تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى)(1) .

وولاية ليس فيها اجبار، ويسميها الحنفية ولاية ندب أو ولاية استحباب وتسمى عند غيرهم ولاية اختيار أو ولاية شركة لاشتراك المرأة ووليها في اختيار الزوج وهو الذى يتولى عنها مباشرة الزواج لأن البالغة العاقلة عندهم ليس لها أن تستقل بمباشرة العقد بنفسها سواء أكان لها أو لغيرها ووجود الولي وتوليه الصيغة عندهم شرط لصحة العقد وهو وان كان يتولى عنها المباشرة الا أنه ليس له أن يجبرها على الزواج بشخص معين ولهذا سميت

---

(1) انظر رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج ٣ص ٥٥ .

عندهم ولاية شركة أو ولاية اختيار وذلك خلافا للحنفيه اذ يسمونها ولاية ندب او استحباب وانما سميت كذلك لأن كاملة الأهلية لها عندهم أن تتولى عقد زواجها بنفسها لكنهم يستحسنون أن يقوم وليها نيابة عنها بصيغة الزواج لأن العادة جرت على أن المرأة لا تتولى تزويج نفسها لأنها لا تحضر مجالس الرجال •

ويستفاد من ذلك أن هذه الولاية عند الحنفية ليست في حقيقة الأمر الا توكيلا من المرأة للولي في أن يباشر عنها العقد (١) •

وسوف نتكلم فيما بعد عن ولاية الاجبار ثم عن الولايه التي ليس فيها اجبار مع بيان أهم ما يتعلق بكل منهما من أحكام

---

(١) البدائع للكاساني ج ٢ ص ٢٤٤ وما بعدها •

(المبحث الثالث)

* حكمة مشروعية الولاية *

٢٩— أوجد الله الانسان وركز فيه الحاجة الى التعامل مع بني جنسه ولا شك ان التعامل مبني على المشاحة وان كل فرد يضن بما يملكه على سواه الا أن يعطى ما يماثله بدلا عنه ومع هذا يحرص على أن يكون هو الرابح المستفيد وهذا ميدان للتزاحم فيه مجال ذو شدائد ليس من الهين اللين اقتحامها، وسبيل السير الى الأمان من ظلمه وعثراته انما يكون على ضوء من نظر ثاقب ورأي كامل وهما أمران لا يوجدان مع ولادة الانسان وانما يظهران شيئا فشيئا ويأخذان فى النمو والقوة حتى اذا وصلا الى مرحلة خاصة ضبطها الشارع بالبلوغ ألقيت على كاهله أعباء التكاليف وأوتى أهلية الالتزام . ولم يشأ الشارع الحكيم رحمة منه ولطفا بذلك الانسان الضعيف أن يحمله ذلك قبل البلوغ لقصور قواه العاقلة، أو انعدامها بل فسح له حتى يكمل ويقوى وشرع له من الأحكام ما يناسب نقصه وضعفه فمنع نفاذ تصرفاته التى لو وكلت اليه وهو رخو القوى لم يحسن القيام بها لقصور رأيه وعدم خبرته وأثبت عليه الولاية فى كل ما يحتاج اليه من مصالح ومنافع وجعل ذلك لطائفة مخصوصة هي أبرّ الناس به وأدناهم اليه وضبط ذلك بالأقارب وذلك لأن صلتهم الوثقى به تدفعهم عادة الى النظر فى مصالحه وحاجاته كما ينظرون لأنفسهم ومع هذا لم يتركهم الشارع يتصرفون كما يشتهون اكتفاء بالقرب بل

قيد تصرفاتهم له بأن تكون واقعة بصفة النظر ووضع لذلك لهم من الأسس والنظم ما يكفل تحقيق مصالح المولى عليه ودفع الضرر عنه .

فمن ذلك أنه رتب القرابات فمن كان أقرب الى المولى عليه كان أولى برعايته وأحق باثبات الولاية له عليه وأيضا خص الأب والجد بسلطان أوسع من غيرهما لقرابتهما الخاصة ووفور شفقتهما .

هذا ومما لاشك فيه أن النكاح مما تدعو الحاجة اليه وتحمل ضرورة الحياة عليه وهو كيفية العقود يحتاج الى قوة نظر ورأى ومن هو قاصرا لعقل أو فاقده من الصغيرين ومن في حكمهما ليسوا بأهل للنظر والرأى فلا يستطيعون تحصيله لأنفسهم وهم في حاجة اليه على وجه المصلحة والفائدة لهم بالمعروف فيعجزون .

ذلك ولما كانوا مظنة المرحمة ووضع الشفقة والعناية أثبت الشارع عليهم ولاية الانكاح .

(الفصل الثانـــي)

* شروط الولـي وما يتعلق بهـــا *

* المبحث الأول *

* شروط الولـي (١) *

٣٠ـ يشترط في الولي شروط بعضها متفق عليه وبعضها محل اختـــلاف بين الفقهاء وسنتكلم فيما يلي عن أهم هذه الشـروط (٢) وذلك فـــي مطالب متتاليـة : ـ

* المطلب الأول *

* البلـوغ والعقـل *

٣١ـ يشترط في الولي ان يكون بالغا عاقلا فلا تصح الولاية الا بتوافرهما لأن بهما يكون التكليف ـ وبناء على هذا فالصبي والمجنون ليســت لهما أهليـة الولايـة وعلى هذا جمهور الفقهاء ...

---

(١) الشروط مفردها شرط ، قال في المصبـــاح : وجمع الشرط بالسكون شـــروط ويقال له شريطة وجمعه شرائط والشرط شرعا ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم مـــن وجوده وجود ولا عدم لذاته (المصباح المنير ١ــ ٤٧٢ ، ٤٧٣ القاموس المحيط ٢ ــ ٣٨١ تاج العروس ٥ ــ ١٦٦ ــ الكوكب المنير للفتوحي الحنبلي تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد ج ١ ص ٤٥٢) .

(٢) البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٥٣ وقد قال عن شرائط الولاية انها أنواع بعضهـا يرجع الى الولي وبعضها يرجع الى المولى عليه وبعضها يرجع الى المولى فيـــه . فما يرجع الى الولي : منها كونه حرا عاقلا مسلما وما يرجع الى المولى عليه : فمنـــه الصغـر وما يرجع الى المولى فيه : منه أن لا يكون من التصرفات الضـــــارة بالمولى عليه ــ فتح القدير ج ٢ ص ٤١٢ .

ومنهم الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) .

وقد استند الفقهاء في هذا على أنه لابد في الولي أن يكون مكلفا ولابد في التكليف من توافر البلوغ والعقل .

وانما كان التكليف شرطا لأن غير المكلف يحتاج لمن ينظر له فلا يسوغ أن ينظر هو لغيره ثم إن الولاية مناط الأهلية لها القدرة على تحصيل النظر لعجز المولى عليه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر فلا يلي نفسه فغيره أولى . ويستوى في ذلك من لا عقل له لصغره كطفل ومن ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ اذا أفند .

والمعتوه يأخذ حكم المجنون وكذلك السكران لعدم توافر شرط العقل (٥) .

وقد جاء في مغني المحتاج أن من شروط الولاية عدم اختلال النظر وبناء عليه لا ولاية لمختل النظر بهرم أو خبل والمقصود

---

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٥٣ ، ج ٢ ص ٢٣٧ وما بعدها — فتح القدير ج ٢ ص ٣٩١ .

(٢) الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٣٦٩ .

(٣) مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٤ طبعة دار الفكر ببيروت .

(٤) المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٦٥ وقد جاء به أن البلوغ شرط في الولايه في ظاهر المذهب ونقل عن أحمد انه لا يزوج الغلام حتى يحتلم ليس له أمر وعلى هذا أكثر اهل العلم منهم الثورى والشافعي وإسحاق وابن المنذر وابو ثور . وعن احمد روايه اخرى انه اذا بلغ عشرا زوج وتزوج — وانظر كذلك الدرر السنيه ج ٦ ص ٣٢٤ الطبعة الثانية ١٣٨٥ - ١٩٦٥

(٥) الشرح الصغير ج ٢ ص ٣٥٩ — وقد قال إن المعتوه هو ضعيف العقل لا يصح عقده ويفسخ لأنه ملحق بالجنون فالعته مانع من الولايه — فتح القدير ج ٢ ص ٣٩١ وقد عد العته عيبا في العقل .

والمقصود بالهرم كبر السن الذى يخل بالنظر والمقصود بالخبل فساد فى العقل ولا فرق فى الخبل بين الأصلى والعارض لعجزه عن اختيار الأكفاء (١)

وقال ابن فى صحيحه ما ذكر من شغله الأسقام والآلام عن الاختيار الصحيح .

والجنون كما هو معروف قد يكون مطبقا أو متقطعا .

ولا خلاف فى أن الجنون المطبق يمنع الولاية لعدم العقل .

أما الجنون المتقطع فقد قيل انه يأخذ حكم الجنون المطبق وقيل انه لا يزيل الولاية لعدم تمييزه وتغليبا لزمن الجنون المتقطع فيزوج الأبعد فى زمن جنون الأقرب دون افاقته .

ولو أفاق المجنون وبقي آثار الخبل كحدة خلق لم تعد ولايته فى أحد وجهين فى المذهب الشافعى وصححه البعض .

ولو قصر زمن الافاقة جدا فهى كالعدم .

وقصر زمن الجنون كيوم فى سنة لا ينقل الولاية بل ينتظر افاقته كالاغماء . (٢)

---

(١) مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٤ وقد جاء فيه تعليل لما ذكر أنه ان قيل سكون الألم ليس بأبعد من افاقة المغمي عليه فاذا انتظرت الافاقه فى الاغماء وجب أن ينتظر سكون الألم وبتقدير عدم الانتظار يجوز أن يقال يزوجها السلطان لا الأبعد كما فى صورة الغيبة لأن الأهلية باقية وشدة الألم المانعة من النظر كالغيبة ، أجيب بأن الاغماء له أمد يعرفه أهل الخبرة فجعل مرادا بخلاف سكون الألم وان احتمل زواله . والقياس على صورة الغيبة ممنوع لأن الغائب يقدر على التزويج معها ولا كذلك مع دوام الألم المذكور .

(٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥٤ ـ فتح القدير ج ٢ ص ٤١٢ ومما جاء فيه أن المراد بالجنون المطبق وهو على ما قيل سنة وقيل أكثر السنه وقيل شهر وعليه الفتوى وأبو حنيفه لا يوقت فى الجنون المطبق شيئا كما هو رأيه فى التقديرات فيفوض الى رأى القاضي . وقد قال ان الولايه تثبت للولي حال افاقته بالاجماع وذلك فى الجنون غير المطبق .

(المطلب الثاني)

" الذكورية "

٣٢ـ قال جمهور كبير من الفقهاء: إن الذكورية شرط في الولي فقد روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابي هريرة وعائشة رضي الله عنهم . واليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري، وابن أبي ليلي وابن شبرمه وابن المبارك وعبيد الله العنبري والشافعي واسحاق وأبو عبيد والمالكية (١).

وقد استندوا فيما ذهبوا اليه على أدلة منها :

(١) قوله صلى الله عليه وسلم " لا نكاح الا بولي " (٢) وقوله " ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها ... " (٣)

(٢) ولأن المرأة لا ولاية لها على نفسها ففي غيرها أولى . (٤)

وعند الامام ابي حنيفه للمرأة أن تزوج نفسها وغيرها وأن توكل في النكاح . (٥)

---

(١) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٤٩ وما بعدها وما جاء به كذلك أنه روي عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي صالح وأبي يوسف أنه لا يجوز لها النكاح بغير اذن الولي فان فعلت كان موقوفا على اجازته. وانظر مغني المحتاج ج ٣ ص ١٤٧ .
والشرح الصغير على أقرب المسالك الى مذهب الامام مالك للدردير طبعة دار المعارف بمصر ج ٢ ص ٣٦٩ وقد جاء فيه أن عقد الزواج لا يصح من أنثى ولو مالكة ــ وكذلك مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٤٧ وقد عد الذكورية شرطا في الولاية .
(٢) أخرجه أبو داود في كتاب النكاح باب في الولي. انظر مختصر سنن أبي داود للمنذري ومعالم السنن للخطابي وتهذيب الامام ابن القيم ج ٣ ص ٢٩ بتحقيق أحمد محمد شاكر ومحمد حامد الفقي الناشر دار المعرفه.
(٣) المصدر نفسه ج ٣ ص ٢٦ ، ص ٢٧
(٤) المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٤٩ ــ (٥) البدائع ج ٢ ص ٢٤٧ ومابعدها .

ومما استند عليه في ذلك

(١) قوله تعالى ﴿ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾ [(١)] ففي هذه الآيه الكريمة أضاف سبحانه وتعالى النكاح اليهن ونهى عن منعهن منه .

(٢) ثم ان هذا الأمر خالص حقها وهي من أهل المباشرة فصح منها كبيع أمتها .

(٣) ولأنها اذا ملكت بيع أمتها وهي تصرف في رقبتها وسائر منافعها ففي النكاح الذى هو عقد على بعض منافعها أولى . [(٢)]

٣٢— وأرى ان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء هو الأقوى حجة لما استندوا اليه من أدلة ذكرنا خلاصتها ثم ان المرأة مهما بلغت من العلم والدراية فان الشأن فيها تحكيم العاطفة على العقل .

وفضلا عن ذلك فما استند عليه أبوحنيفة رضي الله عنه حديث (الأيم أحق بنفسها من وليها ...) [(٣)] وهذا الحديث يدل على أن الولي يستأذن المرأة في زواجها وزيادة على ذلك فما استدل به على أن المرأه حين تتولى عقد زواجها تتصرف في خالص حقها ليس مسلما اذ الزواج ليس حقا خالصا لها وليس كالتصرف في مالها والزواج أمره خطير لما يترتب عليه من آثار تبقى طويلا وسوف يزاد هذا الأمر ايضاحا عند الكلام عن انعقاد النكاح بعبارة النساء

---

(١) سورة البقره آيه رقم (٢٣٢)

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٣٩١ وما بعدها — المغنى ج ٦ ص ٤٤٩

(٣) صحيح مسلم كتاب النكاح باب استئذان الثيب في النكاح انظر شرح النووى على مسلم ج ٩ ص ٢٠٤ الطبعه الثانية دار الفكر ببيروت . وأخرجه أبو داود في سننه في كتاب النكاح باب في الثيب انظر مختصر السنن مع المعالم والتهذيب ج ٣ ص ٤٢ .

(المطلب الثالث)

" الحرية "

٣٤ـ الحرية شرط في الولي فلا ولاية لعبد في قول جمهور العلماء ومنهم الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) .

وقد استندوا في ذلك على حجج منها :ـ

(١) أن الشخص اذا كان عبدا فليس له ولاية على نفسه فلأن لا يكون له ولاية على غيره أولى .

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٩١ ـ البدائع ج ٢ ص ٢٣٧ وما بعدها وقد ذكر أنه لا ولاية للمملوك لعدم الملك له في نفسه فلا يكون مالكا كما استند في نفي الولاية عن العبد الى قوله تعالى " ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ...) الآية .

(٢) مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٤٧ طبعة دار الفكر ببيروت ـ الشرح الصغير ج ٢ ص ٣٦٩ وما بعدها وفيه أنه لا يصح عقد الزواج من عبد فاذا تولى العبد العقد بنفسه فسخ أبدا قبل الدخول وبعده . وفيه كذلك أن العبد يوكل من يتولى العقد عنه ولو كان أجنبيا .

(٣) مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٤ طبعة دار الفكر ببيروت وقد نص على عدم الولاية للرقيق، وجاء فيه كذلك أن نفي الولايه يفيد جواز كون الرقيق وكيلا وهو صحيح في القبول دون الايجاب ثم قال ان الأقرب اذا كان رقيقا فالأولويه للأبعد كما جاء فيه أن المقصود بالرقيق القن والمدبر والمكاتب والمبعض ثم استطرد فقال بعد كلمة المبعض : فأمة المبعض قال البغوي في فتاويه لا تزوج أصلا لأن تزويجها بلا اذن مالك بعضه لا يجوز وباب التزويج منسد عليه لرقه ولو جاز التزويج باذنه لكونها لمن يملك بعضه لجاز له أن يزوجها ،وأقره الأسنوي وغيره،وقال البلقيني : هذا مفرع على أن السيد يزوج بالولاية فان قلنا بالأصح أنه يزوج بالملك زوجها به وهذا هو الظاهر لأن ملكه تام ولهذا تجب عليه الزكاة .

(٤) المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٤٩ وما بعدها وقد جزم بنفي الولاية عن العبد ثم نقل كلاما نسبه لأصحاب الرأي مفاده أنه يجوز أن يزوجها العبد باذنها

(٢) ولأن المملوك لا ولاية له على أحد لأنه لا يرث أحدا .

(٣) ولأن الولاية تنبئ عن المالكية والشخص الواحد لا يتصور فيه أن يكون مالكا ومملوكا فى زمان واحد .

(٤) ولأن الولاية فى الزواج ولاية نظر ومصلحة، ومصالح النكاح لا يتوقف عليها الا بالتأمل والتدبر والمملوك لاشتغاله بخدمة مولاه لا يتفرغ لذلك فلا يعرف كون انكاحه مصلحة .

هذا ونظرا لأن الرق قد ألغي فلم يعد له وجود الآن فأكتفي بما ذكرت من الكلام فيه كشرط من شروط الولاية فى النكاح .

(المطلب الرابع)

" اتفاق الدين "

٣٥- اتفق الفقهاء على أن اسلام الولي شرط فيه فلا ولاية لكافر على مسلمة *

ومما قالوه تأييدا لهذا الحكم :

(١) أنه لا ميراث بين المسلم والكافر لحديث " لا يتوارث أهل ملتين "(١) .

(٢) ولأن الكافر ليس من أهل الولاية على المسلم لأن الشرع قطع ولاية الكافرين على المسلمين فقد قال تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)(٢)

---

* بناء على أن لها أن تزوج نفسها .

(١) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٩١٢ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي طبعة عيسى البابي الحلبي، وموطأ مالك ج ٢ ص ٥٩ بلفظ (لا يرث المسلم الكافر)

(٢) سورة النساء آيه رقم (١٤١)

وقال النبى صلى الله عليه وسلم " الاسلام يعلو ولا يعلى عليه "(١)

(٢) ولأن اثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر باذلال المسلم من جهة الكافر، وهذا لا يجوز، ولهذا صينت المسلمة عن نكاح الكافر .

وليس معنى ما تقدم أن الاسلام شرط في الولي في كل حال بل ان الولاية ثابتة للكافر على الكافر لأن الولاية تقوم على الشفقة وهى باعثة على تحصيل النظر فى حق المولى عليه . ثم ان الكافر يرث الكافر فيكون له الولاية على نفسه فكذا على غيره والحق تبارك وتعالى يقول (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض)(٢)

هذا والكافر يلي الكافر وان اختلف اعتقادهما .

وعلى سبيل المثال يزوج اليهودى نصرانية والنصراني يهودية استنادا على قوله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض)(٣)

ومع أنه لا يزوج كافر مسلمة بحال ولا مسلم كافرة الا أن المسلم قد يزوج الكافرة كما لو كان سلطانا أو سيد أمة . فالسلطان له الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة لأن ولايته عامة على أهل دار الاسلام وهذه من أهل الدار فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة .

---

(١) انظر سنن الدارقطني ج ٣ ص ٢٥٢ والحديث ذكره الحافظ في فتح الباري ج ٣ ص ٢٢٠ - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى وعزاه الى الدارقطني ومحمد بن هارون الروياني وذكر أن سنده حسن .

(٢) سورة الأنفال آية رقم (٧٣) - وانظر البدائع ج ٥ ص ١٥٣ - المغنى ج ٦ ص ٤٦٥ وما بعدها - مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٦ .

(٣) مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٦ .

والمسلم اذا كان سيد أمة كافرة فله تزويجها لأنها تحتاج الى التزويج ،ولا ولي لها غير سيدها فضلا عن أنها ولاية بالمال فلم يمنعها كون سيدها مسلما كسائر الولايات (١) .

ومن ناحية أخرى جاء في المغني، قول أبي الخطاب في الذمي اذا أسلمت أم ولده هل يلي نكاحها على وجهين أحدهما يليه لأنها مملوكته فيلي نكاحها كالمسلم ولأنه عقد عليها فيليه كاجارتها . والثاني لا يليه لقوله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) (٢) ولأنها مسلمة فلا يلي نكاحها فعلى هذا يزوجها الحاكم وقال أبو الخطاب: ان هذا أولى لما ذكرنا من الاجماع على عدم ثبوت ولاية الكافر على المسلمة (٣) .

والمرتد لا ولاية له على أحد لا على مسلم ولا على كافر ولا على مرتد مثله لأنه لا يرث أحدا ولأنه لا ولاية له على نفسه حتى لا يجوز نكاحه أحدا لا مسلما ولا كافرا ولا مرتدا مثله فلا يكون له ولاية على غيره .

هذا والقاعده في كون اتفاق الدين شرطا في الولاية هي محل

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٧٢ وما بعدها .
(٢) سورة التوبه آية رقم (٧١)
(٣) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٧٢ وما بعدها .

اتفاق بين جمهور العلماء ومن هؤلاء الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣)

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٣٩ ، ج ٥ ص ١٥٣ وفيه عن شرط الاسلام أنه واجب اذا كان المولى عليه مسلما فان كان كافرا لا تثبت له عليه الولاية لقوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) سورة النساء آية (١٤١) ولأن تنفيذ الولاية للكافر على المسلم يشعر بالذل به وهذا لا يجوز وقد ذكر أيضا أن اسلام الولي ليس بشرط لثبوت الولاية في الجملة ، فيلي الكافر على الكافر لأن الكفر لا يقدح في الشفقة الباعثة على تحصيل النظر في حق المولى عليه ، ولا في الوراثة فان الكافر يرث الكافر ولهذا كان من أهل الولاية على نفسه فكذا على غيره لقول الله تعالى " الذين كفروا بعضهم أولياء بعض " .

(٢) مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٤٧ وقد ذكر الاسلام وجعله شرطا من شروط الولي المتفق عليها ــ الشرح الصغير ج ٢ ص ٣٦٩ وما بعدها .

(٣) مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٦ وقد جاء فيه أن الكافر الأصلي يلي على الأصح المنصوص الكافرة الأصلية ولو كانت عتيقة مسلم ، واختلف اعتقادهما فيزوج اليهودي نصرانية والنصراني يهودية كالارث لقوله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) وقضية التشبيه بالارث أنه لا ولاية لحربي على ذمية وبالعكس وأن المستأمن كالذمي وصححه البلقيني . ومرتكب المحرم المفسق في دينه من أولياء الكافرة كالفاسق عندنا فلا يزوج موليته بخلاف ما اذا لم يرتكب ذلك وان كان مستورا فيزوجها وفرقوا بين ولايته وشهادته حيث لا تقبل وان لم يرتكب ذلك لأن الشهادة محض ولاية على الغير فلا يؤهل لها الكافر والولي في التزويج كما يراعي حظ موليته يراعي حظ نفسه أيضا في تحصينها ودفع العار عن النسب وقد قال في مغني المحتاج أيضا أن صورة ولاية النصراني على اليهودية أن يتزوج النصراني يهودية فيجيء له منها بنت فاذا بلغت خيرت بين دين أبيها ودين أمها فتختار دين أمها .

ومما فيه أيضا أن المرتد لا يلي مطلقا لا على مسلمة ولا على مرتدة ولا غيرهما لانقطاع الموالاة بينه وبين غيره ولا يزوج أمته بملك كما لا يتزوج .

(١)

---

(١) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٦٥ وما بعدها .. وقد ذكر صاحب المغني أن الولاية لا تثبت لكافر على مسلمة وأن هذا قول عامة اهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا قال أحمد : بلغنا أن عليا أجاز نكاح الأخ ورد نكاح الأب وكان نصرانيا . وفي مكان آخر جاء في المغني أيضا (ص ٤٧٢) لا يزوج كافر مسلمة بحال ولا مسلم كافرة الا أن يكون المسلم سلطانا أو سيد أمة وقال شرحا لما ذكر : أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال باجماع أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأى وقال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . وقال أبو الخطاب في الذمي اذا أسلمت أم ولده : هل يلي نكاحها على وجهين أحدهما يليه لأنها مملوكته فيلي نكاحها كالمسلم ولأنه عقد عليها فيليه كاجارتها ، والثاني لا يليه لقوله تعالى ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ﴾ سورة التوبة آيه (٧١) . ولأنها مسلمه فلا يلي نكاحها كابنته ، فعلى هذا يزوجها الحاكم وهذا أولى لما ذكرنا من الاجماع .

وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة في غير السيد والسلطان وولي سيد الأمه الكافرة ، وذلك لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) سورة الانفال آية (٧٣) ولأن مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقا .
وأما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها لكافر : لكونها لاتحل للمسلم ، وكذلك ولي سيد الأمة الكافرة يلي تزويجها لكافر لأنها ولاية بالمال فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلما كسائر الولايات ، ولأن هذه تحتاج الى التزويج ولا ولي لها غير سيدها ، فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمه لأن ولايته عامة على أهل دار الاسلام وهذه من أهل الدار فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة . واما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه في المسلمين ويعتبر فيه الشروط المعتبره في المسلمين ويخرج اعتبار عدالته في دينه وجهان بناء على الروايتين في اعتبارها في المسلمين .
ثم قال : اذا تزوج المسلم ذمية فوليها الكافر يزوجها اياه ذكره =

(المطلب الخامس)

" الرشد "

٣٦- يشترط في ولي النكاح أن يكون رشيدا .

وليس المقصود بالرشد هنا الرشد اللازم لحفظ المال بل المطلوب هو الرشد الذي به يعرف الكفء ومصالح النكاح كأمور المعاملة والعشرة وكيفية الانفاق على المعيشة والصورة التي عليها طالب الزواج فرشد كل شيء بحسبه (١) .

ومما يفيد ذلك ما جاء في المغني من قوله : وينبغي أن يختار لموليته شابا حسن الصورة ، فالظاهر من ذلك أنه اعتبر حسن الصورة داخلا في الكفاءة ومصالح النكاح وبذلك يكون قد فارق بين الرشد في ولي النكاح والرشد المالي (٢) .

= أبو الخطاب، وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنه وليها فصح تزويجه لها كما لو زوجها كافرا ولأن هذه امرأة ولها ولي مناسب فلم يجز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمي - وقال القاضي لا يزوجها الا الحاكم لأن أحمد قال : لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة ووجهه أنه عقد يفتقر الى شهادة المسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين . والأول أصح والشهود يرادون لاثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية .

(١) راجع : البدائع ج ٥ ص١٥٣ الشرح الصغير ج ٢ ص٣٦٩ وما بعدها ومما جاء فيه قوله (ولا يشترط فيه " الرشد فيزوج السفيه ذو الرأى " احترازا من المعتوه "مجبرته" وغيرها باذنها) وقد صرح بعد ذلك بقوله أن التحقيق أن السفه لا يمنع الولاية - مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٤٧ الاقناع ج ٣ ص ١٧٣ - المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٤٩ - الدرر السنية ج ٦ ص ٣٢٤ .

(٢) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٤٩ .

وبالبناء على ذلك فالسفيه ذو الرأى يصلح وليا فى الزواج فلا يمنع سفهه هذه الولاية (١) .

(المطلب السادس)

" العدالة "

٣٧- اختلف في العدالة هل هي شرط في ولاية النكاح أو لا ، ففريق قال انها شرط . وعلى هذا رواية فى مذهب أحمد وهو قول للشافعي . وذهب فريق الى أنها ليست شرطا في ولاية النكاح ومن هؤلاء مالك وابوحنيفه وأحد قولى الشافعي ورواية لدى الحنابلة .

ومما استند عليه الفريق الأول :

---

(١) الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٣٦٩

ويلاحظ مع ذلك ما جاء في مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٤ من انه لا ولاية لمحجور عليه بسفه على المذهب ومتى كان الأقرب كذلك فالولاية للأبعد ثم قال عن المحجور عليه بسفه انه الذى بلغ غير رشيد او بذر فى ماله بعد رشده ثم حجر عليه وقال ان هذا لا ولاية له على المذهب لأنه لا يلي امر نفسه فغيره أولى . والطريق الثانى وجهان : احدهما هذا والثانى يلي لأنه كامل النظر في أمر النكاح وانما حجر عليه لحفظ ماله فان لم يحجر عليه قال الرافعي فما ينبغي ان تزول ولايته وهو مقتضى كلام المصنف هنا كالروضه وهو المعتمد وان جزم ابن ابى هريره بالزوال واختاره السبكى وتوكيل المحجور عليه بسفه فى النكاح كتوكيل الرقيق فيصح فى القبول دون الايجاب وخرج بالسفه المحجور عليه بفلس أو مرض فانه يلي لكمال نظره والحجر عليه لحق الغير لا لنقص فيه .

(١) ما روى عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال

" لانكاح الا بولي وشاهدي عدل وايما امرأة انكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل (١) .

واحتجوا كذلك بما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قوله :

" لانكاح الا بولي مرشد (٢) " والمرشد بمعنى الرشيد والفاسق ليس برشيد .

(٢) وان الولاية نظريه فلا يستبد بها الفاسق الا فى سلطان وسيد يزوج أمته وقد قالوا ان تزويج غير العادل مفسد للنكاح .

(٣) وقالوا كذلك ان الولاية من باب الكرامة والفسق سبب الاهانة ولهذا لم تقبل شهادة الفاسق .

ومن حجج الفريق الثانى :

(١) عموم قوله تعالى ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم ﴾ (٣) وقوله صلى الله عليه وسلم " زوجوا بناتكم الأكفاء (٤) " وقد جاء النص من غير فصل .

---

(١) سنن الدارقطنى ج ٣ ص ٢٢١ — ٢٢٢ وذكر المعلق ان الزيلعي نقل عن المؤلف ان هذا الحديث رجاله ثقات الا ان المحفوظ هو من قول ابن عباس ولم يرفعه الا عدى بن الفضل .

(٢) انظر السنن الكبرى للبيهقى ج ٧ ص ١١٢ دار الفكر — وذكره الحافظ فى الفتح فقال أخرجه سفيان فى جامعه ومن طريقه الطبرانى فى الأوسط باسناد حسن . انظر ج ٩ ص ١٩١ المطبعه السلفيه وانظر التلخيص الحبير ج ٣ ص ١٦٢ ط شركة الطباعة الفنيه .

(٣) سورة النور آية رقم (٣٢)

(٤) أخرجه الدارقطنى فى سننه ج ٣ ص ٢٤٥ وقال عقبه مبشر بن عبيد متروك الحديث أحاديثه لا يتابع عليها فعلى ذلك لا يحتج بهذا الحديث .

إجماع الأمة على عدم اشتراط العدالة في الولي

(٢) وقالوا ان على عدم اشتراط العدالة فى ولاية النكاح أجماع الأمة فالناس عن آخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد .

(٣) وقالوا ان الولاية فى الزواج ولاية نظر والفسق لا يقدح فى القدرة على تحصيل النظر ولا فى الداعي اليه وهو الشفقة وكذا لا يقدح فى الوراثة فلا يقدح فى الولاية كالعدل .

(٤) وان الفاسق من أهل الولاية على نفسه فيكون من أهل الولاية على غيره كالعدل ولهذا قبلنا شهادته على غيره .

(٥) ولأنه من أهل أحد نوعي الولاية وهو ولاية الملك حتى يزوج أمته فيكون من أهل النوع الآخر .

(٦) ولأن سبب الولاية القرابة وشرطها النظر والفاسق قريب ناظر فيلي كالعدل .

(٧) وقالوا عن الحديث مستند المخالفين انه لم يثبت بدون هذه الزياده فكيف يثبت مع الزيادة ولو ثبت فنقول بموجبه والفاسق مرشد لأنه يرشد غيره لوجود آلة الارشاد وهو العقل (١) .

---

(١) يراجع فى شرط العدالة ، البدائع للكاساني ج ٢ ص ٢٣٩ وما بعدها وقد قال عن المحدود فى القذف اذا تاب أن له ولاية الانكاح بلا خلاف لأنه اذا تاب فقد صار عدلاء وان لم يتب فهو على الاختلاف لأنه فاسق — الشرح الصغير ج ٢ ص ٣٦٩ وما بعدها وفيه أن المالكية لم يشترطوا العدالة فى الولي لأن فسقه عندهم لا يخرجه عن الولاية وعلى ذلك فغير العدل يتولى عقد نكاح ابنته او ابنة أخيه اذا لم =

٣٨ — ورأى أن العدالة ليست بشرط فى الولي الذى يزوج وذلك للأدلة التى اعتمد عليها أصحاب هذا الرأى، والفسق لم يمنع من الولاية عند الأولين وقد صار الآن هو القاعدة، وغيره هو النادر فقد عم الفسق البلاد والعباد، وعليه فلو جعلنا العدالة شرطا فى ولي التزويج لأدى ذلك الى تعطيل مصالح المولى عليهم مما تستشرى بسببه الضار ويكون من العسير تزويج هؤلاء المولى عليهم، والوازع الطبعي فى الولي هو الشفقة وهي المعتبرة فى التزويج والناس من لدن بدء الاسلام حتى الآن يزوجون بناتهم وهم فساق بلا نكير ولا اعتراض مما يستفاد منه الاجماع على جوازه وقد قامت البيوت وروعيت مصالح المولى عليهم ولأن مبنى الولاية هنا على الشفقة كما قلنا وهذه لا يؤثر فيها الفسق فيكون فى مكنة الولي وان كان فاسقا تحصيل النظر وما جعلت الولاية هنا الا على سبيل النظر للمولى عليه .

---

* يوجد لها صاحب نسب — مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٤٧ — مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٥ وقد جاء فى متن المنهاج انه لا ولاية لفاسق على المذهب وقال فى مغني المحتاج ان الولايه تنتقل للأبعد اذا كان الأقرب فاسقا لحديث لا نكاح الا بولي مرشد رواه الشافعي فى مسنده بسند صحيح وقال الامام احمد انه أصح شيء فى الباب ونقل عن الشافعي قوله ان المراد بالرشد فى الحديث العدل ولأن الفسق نقص يقدح فى الشهادة فيمنع الولاية كالرق ثم استطرد الشارح فى الكلام عن القول الثاني الذى يصحح ولاية الفاسق فليرجع الى هناك من شاء المزيد .

ومما جاء فى مغني المحتاج أيضا أن فى المسألة طرقا جمعها بعضهم ثلاث عشرة طريقة أشهرها : طريقة القولين أصحهما عند الأكثرين =

....

ـ ماقاله المصنف فكان ينبغي ان يعبر بالأظهر • والقول الثاني انه يلي وبه قال مالك وجماعات لأن الفسقة لم يمنعوا من التزويج في عصر الأولين وصححه الشيخ عز الدين وعلله بأن الوازع الطبعي أقوى من الوازع الشرعي • وأفتى الغزالي بأنه ان كان لو سلب الولاية لانتقلت الى حاكم فاسق وَلِيَ والا فلا • قال ولا سبيل الى الفتوى بغيره اذ الفسق قد عم البلاد والعباد وقال ابن عبد السلام ليس هذا مخالفا للمشهور عند العراقيين والنص والحديث بل ذلك عند وجود الحاكم المرضي العالم الأهل وأما غيره من الجهلة والفساق فكالعدم • والأوجه اطلاق المنع لأن الحاكم يزوج للضرورة وقضاؤه نافذ أما الامام الأعظم فلا يقدح فسقه لأنه لا ينعزل به فيزوج بناته وبنات غيره بالولاية العامة تفخيما لشأنه •

وتجدر الاشاره الى المقصود بالفسق • فقد جاء في مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٥ ، ١٥٦ ان الفسق يتحقق بارتكاب كبيرة او اصرار على صغيرة ولم تغلب طاعاته على معاصيه ولا يلزم من أن الفاسق لا يلي اشتراط ان يكون الولي عدلا لأن بينهما واسطة". فان العداله ملكة تحمل على ملازمة التقوى فالصبي اذا بلغ ولم يصدر منه كبيرة ولم تحصل له تلك الملكة لا عدل ولا فاسق • وقد نقل الامام والغزالي الاتفاق على أن المستور يلي وأثبت غيرهما فيه خلافا • وأصحاب الحرف الدنيئة يلون كما رجح في الروضة • فقطع به بعد حكاية وجهين • وحيث منعنا ولاية الفاسق فقال البغوى اذا تاب زوج في الحال وكذا ذكره الخوارزمي وذكر المتولي وغيره نحوه في العضل ووجه بأن الشرط في ولي النكاح عدم الفسق لا قبول الشهادة المعتبر فيها العدالة المتقدم تعريفها والاستبراء انما يعتبر لقبول الشهادة وهذا هو المعتمد ، لأنه بالتزويج في العضل زال ما لأجله عصى وفسق قطعا وبشبهته عن فسق آخر صار مستور العداله وتقدم أنه يزوج • وقال ابن المقرى لا يزوج في الحال بل لابد من الاستبراء قياسا على الشهادة •
وانظر أيضا الروض المربع ج ٢ ص ٢٧١ ـ المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٦٦ •

والحديث الذى يستند عليه من يشترطون عدالة الولي وهو "لا نكاح الا بولي مرشد"(١) على فرض ثبوت صحته فان معنى المرشد هو من يرشد غيره امكنه من ذلك بالعقل المتوافر عنده .

واذا انتهينا الى أن الفاسق يلي نكاح من فى ولايته فمن باب أولى يكون ذلك لمستور الحال .

(المبحث الثانى)

" حكم العمى فى ولاية التزويج "

٣٩ـ جاء فى مغني المحتاج ان العمى لا يقدح فى ولاية التزويج فى الأصح لحصول المقصود بالبحث والسماع والثانى يقدح لأنه نقص يؤثر فى الشهادة فأشبه الصغر وفرق الأول بأن شهادته إنما ردت لتعذر التحمل بدليل أنها تقبل فيما يتحمله قبل العمى اذا لم يحتج الى اشارة.(٢) وأرى أن العمى ليس بقادح فى ولاية التزويج لأنه لا يمنع من تحصيل المقصود بالبحث والسماع والاستقصاء فالأعمى متمكن من ذلك فضلا عن وجود أساس ولاية التزويج عنده وكمال عقله وشفقته داعية لحسن الاختيار.

---

(١) سبق تخريجه فى ص ٤٤

(٢) انظر مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٥ .

(المبحث الثالث)

" حكم الأخرس في ولاية التزويج "

٤٠ـ بعد أن ذكر مغني المحتاج العمى وأثره في ولاية التزويج قال : يجيء خلاف الأعمى في الأخرس المفهم لغيره مراده بالاشارة التي لا يختص بفهمها الفطنون ومعنى ذلك أن في الأمر هنا الوجهين المذكورين في الأعمى وتقدم بيانهما .

أما اذا كان الأخرس يعرف الكتابة فلا ريب أن الولاية تكون له فيوكل بها من يزوج موليته أو يزوجه وهذا مراد الروضة بأنه سوى بين الاشارة المفهمة والكتابة وأسقطها ابن المقري نظرا الى تزويجه لا الى ولايته ولا ريب أنه لا يزوج بها لأنها كتابة (١) .

(المبحث الرابع)

" موانع أخرى للولاية "

٤١ـ من موانع الولايه أيضا الاحرام فاحرام أحد العاقدين من ولي ولو حاكما أو زوج أو وكيل عن أحدهما أو الزوجة بنسك ولو فاسد يمنع صحة النكاح لحديث " المحرم لا ينكح ولا ينكح " (٢)

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥٥

(٢) أخرجه مسلم في كتاب النكاح باب تحريم النكاح انظر النووي على شرح مسلم ج ٩ ص ١٩٣ الطبعه الثانيه دار الفكر بيروت .

وانظر موطأ مالك مع تنوير الحوالك للسيوطي ج ١ ص ٢٢١ ط عبد الحميد احمد حنفي .

ولا ينقل الاحرام الولاية للأبعد لأنه لا يسلب الولاية لبقاء الرشد والنظر وانما يمنع النكاح كما يمنعه احرام الزوج أو الزوجة وقوله في الأصح يرجع لنقل الولاية فقط واذا لم ينقلها فيزوج السلطان عند احرام الولي لا الأبعد لأن تأثير الاحرام يمنع الانعقاد مع بقاء الولاية لبقاء الرشد والنظر والثاني ينقل للأبعد كالجنون ورجحه البعض .(١)

وإني أرى أن احرام الولي ينبغي ان لا ينقل الولاية الى الأبعد فيكون التزويج الى السلطان عند ذلك لأن الولاية باقية مع الاحرام لبقاء الرشد والنظر وتأثير الاحرام يمنع فقط من انعقاد النكاح ولا يسوغ مع بقاء الولاية للمحرم أن تنتقل الى الولي الأبعد قياسا على المجنون لأنه قياس مع الفارق فليس احرام الولي كجنونه لأن العقل باق مع الاحرام وهو مناط التكليف وهذا شرط مهم في الولي وعليه اتفاق العلماء كما مر ذكره في موضعه .

---

(١) مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٦ .

(الباب الثاني)

وقد اشتمل على ما يلي :

الفصل الأول : من تثبت عليه ولاية الاجبار ومن تثبت له
الفصل الثاني : ترتيب الأولياء وما يتعلق به

** الفصـــــل الأول **

(من تثبت عليه ولاية الاجبار ومن تثبت لـــــه)

نتعرض بالبيان فى مبحثين للكلام عن ولايــة الاجبار

أولهما فيمن تثبت عليه هذه الولايــة .

وثانيهما فيمن تثبــت له .

(المبحث الأول)

" من تثبت عليه ولايـــة الاجبـــــار "

٤٢ـ تثبــت ولايــة الاجبار عند الحنفيــة على فاقد الأهلية وهو المجنون والمعتوه والصبـــي غير المميز والمجنونة والمعتوهة والصبية غير المميزة كما أنها تثبــت على ناقص الأهليــة . وهو الصبي المميز .

(المطلب الأول)

" الصغار وولايـــة الاجبـــــار "

٤٣ـ قبل أن نتكلم فى علــة الولايــة على الصغيرة نقول: إن قومـــــا قالوا ان ولايــة الاجبار تكون على المجانين والمعاتيه فقط ولا تكـــون على الصغير مطلقا .

وقد نسب هذا لعثمان البتي وابن شبرمة وأبي بكر الأصم
ولكن جمهور الفقهاء على أن هذه الولاية تثبت على الصغار أيضا [(١)]
ونوجز فيما يلي حجج الفريقين :

٤٤ـ أولا : استند من منعوا تزويج الصغيرة والصغير حتى يبلغ على نصوص من الشريعة وإلى المعنى :

أ ـ فأما عن النصوص فقد ساقوا منها :

قوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) [(٢)] وقد قالوا في هذه الآية انه لو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لما ذكر في هذه الآية فائدة لأنه تعالى علق الأمر بدفع الأموال الى اليتامى على بلوغهم النكاح وبين أن المراد ببلوغ النكاح زمن البلوغ الشرعي الذي به يكتمل العقل عادة ويتحقق التكليف فلما عبر عن البلوغ الشرعي بالنكاح وكان النكاح بمعنى العقد أفاد وجود تلازم بين العقد والبلوغ مما يستدل منه على أن ما قبل البلوغ لا يكون زمنا لمباشرة العقد ومتى انتفى أن يكون زمنا لعقده لم يتأت أن يكون محلا لعقد الولي ضرورة أن الشيء ينتفي بانتفاء زمنه .

---

(١) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٨٧ ـ الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة فقرة ٧٧ ص ١٠٣
(٢) سورة النساء آية رقم (٦) .

ب — وأما من حيث المعنى فقد قالوا ان الحر لا تثبت عليه ولاية لأحد الا للحاجة فاذا لم تتحقق الحاجة فلا تثبت عليه كما هو حاصل فى التبرعات ولا حاجة للصغيرين الى النكاح لأن مقصوده قضاء الشهوة طبعا ومقصوده شرعا النسل والصغر ينافي هذا المقصود •

ثم ان عقد النكاح يمتاز عن بقية العقود بأنه يعقد للعمر وتلزمهما أحكامه بعد البلوغ واثبات الولاية عليهما قبل البلوغ يؤدى الى ثبوتها على البالغ والبالغة وكأن الولي استبد بالعقد وأنشأ الانكاح بعد البلوغ وهو لا يجوز •

٢— ثانيا، ويشهد للجمهور الذين يثبتون ولاية الاجبار على الصغار النصوص والمعقول :

أ — اما النصوص فمنها قوله تعالى (وأنكحوا الأيامى منكم)[1] والأيم اسم لامرأة لا زوج لها صغيرةً كانت أو كبيرةً • وعموم الخطاب يتناول الأب فتكون له ولاية انكاحها صغيرة •

وقوله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن)[2]

---

(١) سورة النور آية رقم (٣٢) •
(٢) سورة الطلاق آية رقم (٤) •

وقالوا في هذه الآية الكريمة ان التي لم تحض عام فيتناول الصغيرة ولا يصح اخراجها من هذا العموم لا سيما وهي صاحبة السبب على ما روى في سبب النزول من أن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال يا رسول الله قد عرفنا عدة التي تحيض فما عدة التي لم تحض فنزل قوله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر)[1] فقام رجل وقال يا رسول الله فما عدة الصغيرة التي لم تحض فنزل قوله تعالى (واللائي لم يحضن)[2] وهذا يدل على أنها بمنزلة الكبيرة التي يئست من المحيض فقد بين الشارع عدة الصغيرة، وسبب العدة شرعا انما هو النكاح، وفي هذا دليل على تصور نكاح الصغيره شرعا .

وقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم)[3] فهذا عام يشمل الصغيرات والكبيرات فيفيد جواز تزوج الصغيرة مالم يدل على خلاف هذا دليل آخر .

واستندوا أيضا الى نصوص من السنة وعلى بعض الآثار، ومن ذلك الحديث المروى عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع سنين ومكثت عنده تسعا وهذا الحديث متفق عليه .

---

(١) سورة الطلاق آية رقم (٤)
(٢) سورة الطلاق آية رقم (٤)
(٣) سورة النساء آية رقم (٢٤)

وفي روايــة تزوجها وهي بنت سبع وزفت وهي بنت تسع سنين (١)

وهذا الحديث يقرب من التواتــر (٢) .

أما من قالوا بأنه من خصوصيات الرسول عليه الصلاة والسلام فانه يرد عليهم أنه زوج بنت عمه حمزة وهي صغيرة .

وأيضا استدلوا بآثار عن الصحابة رضي الله عنهم منها :

ما روى أن قدامة بن مظعون رضي الله عنه تزوج بنــت الزبير يوم ولدت وأن ابن عمر رضي الله عنهمــا زوج بنتا له صغيرة من عروة بن الزبير وأن هذا أي عــروه زوج بنت أخيــه من ابن أختــه وهما صغيران وغير هــذه الآثار كثير تفيــد وقوع الزواج للصغير والصغيرة بفعــل الصحابة رضي الله عنهم مما يؤخذ منه أن حديث عائشــة رضي الله عنها وزواج المصطفى بها وهي صغيرة لم يكــن من خصوصياته صلى الله عليه وسلم .

ب - وأما من حيث المعنى فقد قال الجمهور ان النكاح مــن جملــة المصالح في حــق الذكور والاناث وهو يشتمــل

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه انظر فتح الباري ج ٩ ص ٢٢٤ وأخرجــه مسلم في صحيحــه انظر شرح النووي عليه ج ٩ ص ٢٠٨ .

(٢) المتواتر: هو ما نقله من يحصل العلم بصدقهم ضرورة - بأن يكونوا جمعــا لا يمكن تواطؤهم على الكذب - عن مثلهم من أول الاسناد الى آخره . انظر تدريب الراوي ص ٣٧١ .

على أغراض ومقاصد لا تتوفر عادة الا بين الأكفاء، والكفء لا يوجد فى كل وقت، لهذا كانت الحاجة الى اثبات الولاية فى الصغر لاحراز الكفء لأنه لو انتظر الى البلوغ لفات الكفء وقد لايوجد بعد ذلك مثله ومن ثَمَّ فقد ثبتت الولاية على الصغيرين نظرا لهما ولحاجتهما •

جـ — وقالوا فى أدلة المخالفين :

ان قوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح)(١) الآية

لا يدل لهم لأن المفسرين اتفقوا على أن المراد بقوله تعالى (حتى اذا بلغوا النكاح) هو الاحتلام •

ثم ان النكاح لا يستعمل بمعنى العقد خاصة حتى يستندوا على ذلك بل انه تارة يستعمل بمعنى العقد وتارة يستعمل بمعنى الوطء وحتى لو سلم أن المراد بالنكاح فى الآية العقد فليس هذا دليلا للمخالفين وذلك لأن المعنى يكون هكذا (حتى اذا بلغوا السن التى يستطيعون فيها مباشرة العقد بأنفسهم)

ويتبين أنه لم يتعرض لمنع انكاح الصغيرين، واحتمال عقد الولي مرجح لاضافة البلوغ الى اليتامى لا الى الأولياء ولو سلم تساوى الاحتمالين فدليل طريقه الاحتمال يسقط به الاستدلال •

---

(١) سورة النساء آية رقم (٦) •

وقال الجمهور أيضا ان حصر المخالفين المقصود من النكاح في قضاء الشهوة وطلب النسل غير مسلم بل يطلب النكاح كذلك لتكوين الأسرة والاعفاف واستيفاء المرأة المطلقة واحراز الكفء الى غير ذلك من المقاصد الدنيوية والدينية الأمر الذي لا يتوافر الا بين الأكفاء عادة والكفء لا يوجد في كل وقت فالحاجة متحققة في الحال .

ولو سلمنا بالانحصار فان هذا العقد يعقد للعمر ويستمر الى ما بعد البلوغ فتتحقق الحاجة الى ما هو من مقاصده فتجعل تلك الحاجة كالمتحققة في الحال لاثبات الولاية للولـــي .

وأما قياسهم النكاح على التبرعات فقياس مع الفارق لأن النكاح من العقود محتملة الضرر والنفع فتثبت فيها الولاية للولـــي بخلاف التبرعات له فانها ضرر محض .

وقالوا في بقاء أحكام النكاح بعد البلوغ ان الزام الصغيرين بها بالانكاح السابق لا بالنكاح مبتدأ بعد البلوغ وهو جائز كما في البيع فان للأب بيع مال الصغير وان بقي حكم البيع وهو الملك بعد البلوغ لما قلنا هنا (١) .

٤٦- ورأى الجمهور عندي هو الأدنى للقبول لقوة حجته وضعف لحجج المخالفين بالأدلة النقلية والعقلية على ما بينا آنفا

---

(١) المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٨٧ وما بعدها .

وفعل الرسول صلى الله عليه وسلم بزواجه من عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة وبنائه بها وهي صغيرة كذلك يعتبر أقوى دليل على جواز انكاح الصغار وقد سار على هذا الأمر الصحابة رضوان الله عليهم وهم تلاميذ المدرسة المحمدية وهذا مما يؤكد المذهب الذي أرجح وهو مذهب جماهير المسلمين •

(المطلب الثاني)

" علة الولاية على الصغيرة "

٤٧— اختلف الفقهاء في علة الولاية على الصغيرة أهي البكارة أم الصغر وترتب على ذلك اختلافهم في الأحكام •

٤٨— فالعلة عند الحنفية هي الصغر وعند الشافعي ومالك وأحمد على قول هي البكارة •

وينبني على هذا الاختلاف ما اذا زوج الأب الصغيرة فدخل بها الزوج وطلقت قبل البلوغ لم يكن للأب تزويجها عند الجمهور حتى تبلغ فتشاور لعدم البكارة وعند الحنفية له تزويجها لوجود الصغر •

والحنفية كما قلنا يجعلون العلة الصغر أما البكارة فهي عندهم ملغاة بدليل التصريح بذلك من النصوص وكذلك الدلالة ونوع من الاقتضاء ومقصود الشرع •

وفيما يلي تفصيل ذلك •

٤٩— (١) أما التصريح ففي سنن ابي داود والنسائي وابن ماجه ومسند الامام

أحمد من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ، أن جارية بكرا أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم .(1)

وهذا الحديث صحيح فانه عن حسين حدثنا جرير عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس . وحسين بن محمد المروزي أحد المخرج لهم في الصحيحين .

وقول البيهقي انه مرسل لرواية أبي داود اياه من حديث محمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة مرسلا ، ونقل ابن ابي حاتم عن أبيه تخطئة الوصل لرواية حماد هذه وابن عليه عن ايوب عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا ونسبة الوهم في الوصل الى حسين لأنه لم يروه عن جرير غيره مردود بما يأتي :—

أ — حجية المرسل الصحيح يعني ان المرسل الصحيح له حجية .(2)

ب — ثم انه قد تابع حسينا على الوصل عن جرير سليمان بن

---

(1) أخرجه أبو داود في سننه انظر مختصر السنن مع المعالم والتهذيب ج ٣ ص ٤٠ وأخرجه ابن ماجه في سننه انظر السنن بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ج ١ ص ٦٠٣ وقال ابن تيمية في المنتقى رواه احمد وأبو داود وابن ماجه والدارقطني انظر نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٨ ط مصطفى البابي الحلبي .

(2) جاء في كتاب تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي ج ١ ص ١٩٠ ومابعدها الطبعه الثانيه سنة ١٣٨٥هـ — ١٩٦٦م ان المرسل على القول المشهور هو قول التابعي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ذكر ان المرسل —

حرب كما نقله صاحب التنقيح عن الخطيب البغدادي قال ؛ فبرئت عهدته يعني حسينا وزالت تهمته ثم أسنده عنه قال ؛ ورواه أيوب عن سويد هكذا عن الثوري عن أيوب موصولا وكذلك رواه معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن أيوب فزال الريب .

والحاصل أن عكرمة قال مرة ؛ أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم فأرسل وذكر مرة أو مرارا الواسطة بينه وبين النبي صلى الله عليه وسلم ولا يقدح في ذلك .

قال ابن القطان ؛ حديث ابن عباس هذا صحيح وليست هذه خنساء بنت خذام التي زوجها أبوها وهي ثيب فكرهته فرد النبي صلى الله عليه وسلم نكاحه فان هذه بكر وتلك ثيب .

على أنه روى أن خنساء أيضا كانت بكرا فقد أخرج النسائي في سننه حديثها وفيه أنها كانت بكرا ورواه عن عبدالله بن يزيد عن خنساء قالت ؛ " انكحني أبي وأنا كارهة وأنا بكر فشكوت

حديث ضعيف لا يحتج به عند جماهير المحدثين والشافعي . كما حكاه عنه مسلم في صدر صحيحه وابن عبد البر في التمهيد وحكاه الحاكم عن ابن المسيب وكثير من الفقهاء وأصحاب الأصول وقال مالك في المشهور عنه وأبو حنيفة في طائفة منهم أحمد في المشهور عنه صحيح ، وقيد ابن عبد البر وغيره ذلك بما اذا لم يكن مرسله ممن لا يحترز ويرسل عن غير الثقات فان كان فلا خلاف في رده ، وقال غيره محل قبوله عند الحنفية ما اذا كان مرسله من أهل القرون الثلاثة الفاضلة فان كان غيرها فلا لحديث " ثم يفشو الكذب " صححه النسائي . وقال ابن جرير : أجمع التابعون بأسرهم على قبول المرسل ولم يأت عنهم انكاره ولا عن أحد من الأئمة بعدهم

ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم ... ⁽¹⁾ الحديث لكن رواية البخاري تترجح .

وقال ابن القطان : والدليل على أنهما ثنتان ما أخرجه الدارقطني عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب وبكر أنكحهما أبواهما وهما كارهتان ⁽²⁾ .

وهذا الحديث وان كان فيه اسحاق بن ابراهيم بن جرير الطبري وهو ضعيف لكن لم ينفرد به عن الذماري فقد رواه عنه ايضا أبو سلمة مسلم بن محمد بن عمار الصنعاني ووهم الدارقطني الذماري نفسه عن الثوري وصوب ارساله عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلا .

وعلى كل حال يتم به المقصود الذي سيق له وهو أن البكارة ليست هي العلة في ثبوت ولاية التزويج على الصغيرة .

- الى رأس المائتين قال ابن عبد البر كأنه يعني أن الشافعي أول من رده وبالغ بعضهم فقواه على المسند وقال من أسند فقد أحالك ومن أرسل فقد تكفل لك فان صح مخرج المرسل بمجيئه أو نحوه من وجه آخر مسندا أو مرسلا أرسله من أخذ العلم عن غير رجال المرسل الأول كان صحيحا هكذا نص عليه الشافعي في الرسالة مقيدا له بمرسل كبار التابعين ومن اذا سمى من أرسل عنه سمى ثقة واذا شاركه الحفاظ المأمونون لم يخالفوه وزاد في الاعتضاد أن يوافق قول الصحابي أو يفتي أكثر العلماء بمقتضاه فان فقد شرط مما ذكر لم يقبل مرسله فان وجدت قبل ويتبين بذلك صحة المرسل وما عضده وانهما صحيحان لو عارضهما صحيح من طريق واحدة رجحناهما عليه بتعدد الطرق اذا تعذر الجمع بينهما وتمام الموضوع هناك فليرجع اليه من شاء المزيد .

(1) ذكره الزيلعي في نصب الراية وقال أخرجه النسائي في سننه وقال المعلق أخرجه النسائي في الكبرى عن الثوري عن عبد الرحمن بن القاسم عن عبد الله بن يزيد بن وديعة عن خنساء وكذلك أخرجه الطبراني عن ابن المبارك عنه وقال عقبه : وهي رواية شاذة والأول - أي أنها ثيب - أرجح انظر نصب الراية ج٣ ص ١٩١

(2) سنن الدارقطني ج ٣ ص ٢٣٤ برقم ٥٣ .

وأخرج الدارقطني عن شعيب بن اسحاق عن الأوزاعي عن عطاء عن جابر أن رجلا زوج ابنته وهي بكر من غير أمرها فأتت النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما (١) . فهذا عن جابر ووهم شعيب في رفعه قال : الصحيح أنه مرسل وبه يتم مقصودنا اما لأنه حجة واما لأنا ذكرناه للاستشهاد والتقوية وأحاديث أخر رويت عن ابن عمر وعائشة وان تكلم فيها (٢) .

٥٠ـ (٢) وأما الدلالة فلا ولاية للولي أن يتصرف في أقل شيء من مال البكر البالغة الا باذنها وكل المال دون النفس فكيف يملك أن يخرجها قسرا الى من هو أبغض الخلق اليها ويملكه رقها ومعلوم أن ذهاب جميع مالها أهون عليها من ذلك فهذا مما تنبو عنه قواعد الشرع .

٥١ـ (٣) وأما الاقتضاء فجميع ما في السنة من الصحاح والحسان المصرحة باستئذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا اذنها كما في حديث أبي هريرة " لاتنكح البكر حتى تستأذن " (٣)

---

(١) انظر سنن الدارقطني ج ٣ ص ٢٣٣ رقم ٤٨ .
(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٥ — ٣٩٦ .
(٣) صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري ج ٩ ص ١٩١ رقم الحديث ٥١٣٦ .

الحديث ــ لا يعقل له فائدة الا بالعمل على وفقه لاستحالة أن يكون الغرض من استئذانها أن تخالف فلوكان الاجبار ثابتا لزم ذلك وعرى الأمر بالاستئذان عن الفائدة بل لزمت الاحالة ولما لم يكن الاقتضاء المطلق قلنا فيها تقدم أنه نوع منه فظهر ظهور الأمر دلالة أن ايجاب استئذانها صريح في نفي اجبارها والولاية عليها في ذلك (١) .

ومن الأحاديث الواردة في الباب كذلك والتي تقتضي عدم اجبار البكر المكلفة :

ما رواه ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها " (٢) رواه الجماعة الا البخاري وفيه رواية لأحمد ومسلم وابي داود والنسائي " والبكر يستأمرها أبوها " (٣) .

وحديث البكر يستأذنها أبوها رواه مسلم (٤) .

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص٢٩٦ ، ٢٩٧ .

(٢) أخرجه مسلم في كتاب النكاح باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت. صحيح مسلم بشرح النووي ج ٩ ص٢٠٥ .

(٣) أخرجه مسلم بلفظ (الثيب احق بنفسها من وليها والبكر تستأمر واذنها سكوتها) صحيح مسلم بشرح النووي ج ٩ ص٢٠٥ وكذلك في سنن النسائي باللفظ المذكور ج ٦ ص ٨٥ وفي سنن الدارقطني باللفظ المذكور ج ٣ ص ٢٤٠ رقم الحديث ٧٠

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب النكاح باب استئذان الثيب ..... صحيح مسلم بشرح النووي ج ٩ ص ٢٠٥ .

وحديث " لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن " الحديث وهو في صحيح مسلم (١).

وحديث عائشة رضي الله عنها قالت قلت يا رسول الله " تستأمر النساء في أبضاعهن قال: نعم " الحديث وفي رواية قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " البكر تستأذن ". الحديث وهذان الحديثان متفق عليهما (٢).

ووجه دلالة هذه الأحاديث أنها ما بين نهي عن النكاح قبل الاستئذان أو الاستئمار وأمر بهما فهي تدل على اعتبار رضا المرأة وتوقف العقد على ذلك اذ الأصل في النهي أن يكون للتحريم كما أن الأصل في الأمر أن يكون للوجوب مالم يكن هناك صارف ولا صارف بل قامت الأدلة الدالة على أن الأصل مراد وأما الخبر فهو في معنى الأمر بل آكد اذ هو أقوى وجوه الأمر على ما هو معروف.

٥٢ ـ (٤) وأما تحقيق مقصود شرعية العقد فلأن المقصود من شرعيته انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويتربى بينهما ولا يتحقق هذا مع غاية المنافرة فاذا عرف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعي قبل الشروع وجب أن لا يجوز لأنه حينئذ عقد لا يترتب عليه فائدة ظاهره بخلاف ما اذا لم يكن ذلك ظاهرا قبل العقد ثم يطرأ بعد العقد.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه بلفظ (لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن) صحيح مسلم بشرح النووي ج ٩ ص ٢٠٢.

(٢) صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري ج ١٢ ص ٣١٩ رقم الحديث ٦٩٤٦، وصحيح مسلم بشرح النووي ج ٩ ص ٢٠٣ ـ ٢٠٤.

٥٣ـ وقد انتهى القائلون بأن علة الولاية بالنسبة للمرأة هي الصغر ـ مما ذكروه الى أنه يلغى وصف البكارة وتعين أن يكون الوصف هو الصغر فهو الحقيق بالعلية لاشتماله على قصور العقل وقصور العقل آية العجز ثم اعتباره ظاهرا في ثبوت ولاية المال على الصغيرة وفي حق الغلام في ماله وفي نفسه بل وفي سائر التصرفات المتعلقة بهما من بيع وشراء واجارة وغيرها اتفاقا .

وفي هذا يقول شيخ الاسلام ابن تيمية ان جعل البكارة سببا للحجر مخالف لأصول الاسلام فان الشارع لم يجعل البكارة سببا للحجر في موضوع من المواضع المجمع عليها فتعليل الحجر بذلك تعليل بوصف لا تأثير له في الشرع (١) .

٥٤ـ وبعد أن انتهينا من الكلام عن علة الولاية في الصغيرة عند الحنفية وقلنا انها هي الصغر بينما هي عند الجمهور البكارة نفصل بعض ما أجملنا عن الجمهور في علة الولاية هذه فنقول :ـ

٥٥ـ جاء في الشرح الصغير للدردير عن هذا الأمر أن الأب له الجبر ولو بدون صداق المثل ولو لأقل حال منها أو لقبيح منظر وذلك لثلاثة من بناته :ـ

الأولى : البكر ما دامت بكرا ولو عانسا بلغت من العمر

---

(١) راجع فيما ذكر فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٥ وما بعدها ـ بدائع الصنائع للكاساني ج ٢ ص ٢٤١ وما بعدها ـ فتاوى ابن تيمية ج ٣٢ ص ٢٢ وما بعدها طبعة أولى سنة ١٣٨٦ هـ .

ستين سنة أو أكثر الا اذا رشدها أبوها اى جعلها رشيدة وأطلق الحجر عنها لحسن التصرف فلا جبر له عليها هنا ولابد أن تأذن بالقول .

ويأخذ حكم البكر التى رشدها أبوها أن تكون قد أقامت بعدا أن دخل بها زوج سنة فأكثر ببيت زوجها ثم تأيمت وهي بكر فلا جبر للولي عليها تنزيلا لاقامتها ببيت الزوج سنة منزلة الثيوبة .

والثانية : ويأخذ نفس حكم البكر الثيب الصغيرة بأن لم تبلغ فتأيمت بعد أن أزال الزوج بكارتها فللأب جبرها لصغرها ولا عبرة بثيوبتها فى هذه الحالة .

وكذلك من كبرت بأن بلغت وزالت بكارتها بزنا ولو تكرر حتى زال جلباب الحياء عن وجهها أو ولدت منه فللأب جبرها ولاحق لولادتها من الزنا معه .

وكذلك من زالت بكارتها بعارض كوثبة أوضربة أو بعود ونحو ذلك فللأب جبرها ولوعانسا (1) .

الثالثة : هي المجنونة البالغة الثيب فالأب يجبرها لعدم

---

(1) الشرح الصغير للدردير طبعة صبيح بمصر تحقيق محي الدين عبدالحميد ج ٢ ص ٢٠٣ وقد أخرج من ولاية الاجبار من زالت بكارتها بنكاح فاسد ولومجمعا على فساده ان درىء الحد لشبهة والافله جبرها .

تمييزها ولكن من تفيق عن جنونها أحيانا ينتظر افاقتها لتستأذن ولا تجبر •

ثم قال في الشرح الصغير تعليقا على هذه الحالات الثلاث ان محل جبر الأب فيها اذا لم يلزم على تزويجها ضرر عادة كتزويجها من خصي أو ذي عاهة كجنون وبرص وجذام مما يرد الزوج به شرعا والا فلا جبر له (١) •

٥٦ـ والذى يستفاد مما ذكر بالنسبة لمحل البحث أن القاعدة عند المالكية هي أن علة الولاية البكارة فالأب له جبر البكر على النكاح صغيرة كانت أو كبيرة وقد جعلوا بعض الثيب حقيقة فى حكم الأبكار فعدوا عليهن ولاية الاجبار على البيان المذكور آنفا •

٥٧ـ ومما جاء فى الموضوع الذى نحن بصدده لدى الشافعية فى مغني المحتاج أن للأب ولاية الاجبار وهي تزويج ابنته البكر صغيرة أو كبيرة عاقلة أو مجنونة بغير اذنها ان لم يكن بينه وبينها عداوة ظاهرة لخبر الدارقطنى (الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يزوجها أبوها) (٢) ورواية مسلم (والبكر

---

(١) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٣ ، ٢٠٤

(٢) ذكره الحافظ فى التلخيص ج ٣ ص ١٦٠ بتحقيق السيد عبدالله هاشم اليماني المدني وعزاه الى الدارقطني من حديث ابن عباس وقال عقبه لكن قال ، يستأمرها بدل يزوجها وحكى البيهقى عن الشافعي ان ابن عيينه زاد (والبكر يزوجها أبوها) قال الدارقطنى لا نعلم أحدا وافقه على ذلك وهو فى مسلم بألفاظ منها ، (الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها فى نفسها) وقال أبو داود بلفظ (والبكر يستأمرها

يستأمرها أبوها[1]) حملت على الندب ولأنها لم تمارس الرجال بالوطء فهي شديدة الحياء ثم ذكر شروطا لتزويج الأب ابنته بغير اذنها هي :

الأول : أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة كما مر الثاني : أن يزوجها من كفء . الثالث : أن يزوجها بمهر مثلها . الرابع : أن يكون من نقد البلد . الخامس : أن لا يكون الزوج معسرا بالمهر السادس : أن لا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى وشيخ هرم . السابع : أن لا يكون قد وجب عليها الحج فان الزوج قد يمنعها لكون الحج على التراخي ولها غرض في تعجيل براءة ذمتها .

ثم قال : ان من الشروط المذكورة شروطا لصحة النكاح بغير الاذن وهي أن لا يكون بينها وبين وليها عداوة ظاهرة وأن يكون الزوج كفئا وأن يكون موسرا بمال الصداق وما عدا هذه الشروط فشروط لجواز الاقدام .

ثم قال : انه يستحب استئذان البكر اذا كانت مكلفة لحديث مسلم السابق وتطييبا لخاطرها أما غير المكلفة فلا اذن لها ويسن استفهام المراهقة وأن لا يزوج الصغيرة حتى تبلغ والمستحب في

— أبوها) وأبوها غير محفوظ هو من قول سفيان ابن عيينه . (وهذا ما يسمى بالمدرج في علم الحديث) وتعريف المدرج — كما في تدريب الراوي — أن يذكر الراوي عقيب الحديث كلاما لنفسه أو لغيره فيرويه من بعده متصلا فيتوهم أنه من تتمة الحديث المرفوع . أ هـ تدريب الراوي ص ١٧٣ الطبعه الأولى .

(١) سبق تخريجه في ص ٦٤

الاستئذان أن يرسل اليها نسوة ثقات ينظرن مافى نفسها والأم بذلك أولى لأنها تطلع على مالا يطلع عليه غيرها (١) .

٥٨- والذى يستفاد مما ذكر أن القاعدة عند الشافعيه كذلك فى علة ولاية الاجبار هي البكارة وقد استندوا فى ذلك على أحاديث منها ماأخرجه الدارقطني (الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يزوجها أبوها) ورواية مسلم (البكر يستأمرها أبوها) وقد حملوها على الندب ثم قالوا أيضا ان البكر لم تمارس الرجال بالوطء وأنها لذلك شديدة الحياء .

٥٩- وعند الحنابلة قال فى المغنى : ان الرجل اذا زوج ابنته البكر فوضعها فى كفاية فالنكاح ثابت وان كرهت كبيرة كانت أوصغيرة .

أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها وقد حكى عن ابن المنذر اجماع أهل العلم على أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز اذا زوجها من كفء ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها ويدل على ذلك قوله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) (٢) فجعل للائي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة الا من الطلاق فى نكاح أو فسخ وهذا يدل على أنها تزوج وتطلق ولا اذن لها فيعتبر .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٩ .

(٢) سورة الطلاق آية رقم (٤) .

كما استندوا على حديث عائشة رضي الله عنها (فزوجني النبي صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة ست ...)[1] وقد مر ومن المعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر أذنها .

وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان أحداهما له اجبارها على النكاح وتزويجها بغير أذنها كالصغيرة وهو مذهب مالك وابن ابي ليلي والشافعي واسحاق والثانية ليس له ذلك واختارها أبو بكر وهو مذهب الأوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر ثم حكي أدلة الروايتين على ما سنذكره عند الكلام عن حكم تزويج البكر المكلفة[2] .

والذي يستفاد من مذهب الحنابلة أن البكر الصغيرة يزوجها وليها المجبر بدون اذنها ، أما البكر الكبيرة البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان على ما مر احداهما اجبارها كالصغيرة والثانية ليس له ذلك وعلى كل حال فعند الحنابلة كذلك علة ولاية الاجبار في الصغيرة هي البكارة وكذلك في الكبيرة على ما ذهبت اليه الرواية الأولى عن الامام أحمد .

٦٠- ونظرا لأن الكلام في علة الاجبار في البكر سواء كانت البكر صغيرة أو كبيرة على القول باجبار هذه - هي البكارة على ما ذهب اليه الجمهور ولما كان تزويج البكر المكلفة موضوع الكلام فيما يلي فقد اكتفينا بما ذكرنا من مذاهب الفقه في علة الولاية لأن هذا الأمر له فضل بيان في موضوع تزويج البكر المكلفة على ما سيأتي حالا .

---

(١) سبق تخريجه في ص ٥٥

(٢) المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٨٧ وما بعدها .

(المطلب الثالث)

" تزويج البكر المكلفة "

٦١- اختلف العلماء في اجبار البكر المكلفة على النكاح من جهة الولي وعدم اجبارها على رأيين ، فهناك رأى ينفي أن يجبر الولي البكر المكلفة على النكاح ولو كان أبا وعلى هذا الرأى لو زوج الأب ابنته الكبيرة البكر توقف نفاذ الزواج على رضاها فان لم ترض وردت الزواج لم ينفذ .

وقد قال بهذا الرأى كثير من الفقهاء . فهو مذهب الأوزاعي والثورى وأبي عبيد وأبي ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وهو كذلك رواية عن الامام أحمد .

وقال فريق آخر إن للولي اجبار البكر البالغة على الزواج فله أن يزوجها بغير إذنها وان اختلف هؤلاء فيمن يكون له ذلك من الأولياء على ما سيأتي في موضعه عند الكلام عمن تكون له ولاية الاجبار .

وعلى هذا الرأي مذهب مالك وابن أبي ليلي والشافعي واسحاق وهو أيضا رواية عن الامام أحمد .

أدلة الطرفين :

٦٢- اعتمد كل من الطرفين على أدلة يسند بها رأيه وسأتناول هذه الأدلة مختصرة على البيان الآتي :

٦٣- أما الجمهور الذين قالوا بأن الولي له جبر البكر المكلفة على الزواج فقد اعتمدوا على أدلة نقلية وعقلية :

(١) فمن الأدلـه النقليـة ما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليـه وسلم (الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها) (١) رواه الجماعة الا البخاري وفي روايـة لأحمد ومسلم وأبي داود والنسائي (والبكر يستأمرها أبوها) (٢) .

وقد حملوا الأمر هنا على الندب وقالوا إن اثبات الأحقية للثيب يفيد أن البكر وهي التي تقابل الثيب بخلافها فيكون وليها أحق بنفسها منها .

وقد عللوا الندب في الحديث المذكور بما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (آمروا النساء في بناتهن) (٣) رواه ابو داود .

ومن الأدلـه النقليـة أيضا قول الرسول صلى الله عليه وسلم (ليس للولي مع الثيب أمر) (٤) لأنه يفهم منه تخصيص الثيب بهذا الحكم أما البكر فيستبد الولي بتزويجها .

---

(١) سبق تخريجه ص ٦٤

(٢) سبق تخريجه ص ٦٤

(٣) أخرجه أبو داود في سننه في كتاب النكاح باب في الاستئمار . مختصر السنن مع المعالم والتهذيب ج ٣ ص ٣٩ قال المنذري عقب الحديث المذكور : فيه رجل مجهول .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه في كتاب النكاح باب في الثيب ج ٣ ص ٤٣ وأخرجه النسائي في سننه في كتاب النكاح باب استئذان البكر في نفسها ج ٦ ص ٨٥ وأخرجه الدارقطني في سننه ج ٣ ص ٢٢٩ رقم الحديث ٦٧ .

(٢) وقد استندوا أيضا على دليل عقلي مفاده أن البكر يملك أبوها تزويجها كما لو كانت صغيرة لأن البلوغ لم يحدث لها رأيا في باب النكاح فطريق ذلك التجربة وهي لم تمارسها وعلى هذا فهي شديدة الحياء بخلاف الغلام فان الرأى يحدث له بالبلوغ عن عقل .

ومما قالوه تدليلا على صحة هذا النظر أن للأب أن يقبض صداقها بغير أمرها اذا كانت بكرا مكلفة كأنها صغيرة فكذا في تزويجها يملك جبرها عليه كما لو كانت صغيرة .

٦٤— واستند من منعوا جبر الولي للبكر المكلفة على الزواج على أدلة نقلية وعقلية :

(١) فمن المنقول ما روى من حديث أبي هريرة وأبى موسى الأشعرى أن النبي صلى الله عليه وسلم " رد نكاح بكر زوجها أبوها وهي كارهة "[1] وقد قالوا انه لو كان للأب اجبارها على الزواج لما رده النبي صلى الله عليه وسلم .

ومنه أيضا قول الرسول صلى الله عليه وسلم (الأيم أحق بنفسها من وليها) وفي روايه (من أبيها)[2]

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه بنحو اللفظ المذكور ج ٣ ص ٢٣٤ رقم ٥٢ وص ٢٣٥ رقم ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٨ ، ص ٢٣٦ رقم ٥٩

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب النكاح باب لا ينكح الأب الخ بنحو اللفظ المذكور صحيح البخاري بشرحه فتح الباري ج ٩ ص ١٩١ وأخرجه مسلم في صحيحه بمثل اللفظ المذكور في الرواية الأولى . صحيح مسلم بشرح النووي ج ٩ ص ٢٠٤ .

وهذا الحديث متفق على صحته .

وقد قالوا انه دليل على عدم جبر البكر المكلفة على الزواج لأن الأيم لفظ يتناول البكر والثيب فهو اسم لمن لا زوج لها كبيرة كانت أو صغيرة ثم ان الصغيرة خرجت بالنص وهو تزويج أبي بكر عائشة رضي الله عنهما من النبي صلى الله عليه وسلم وتقريره عليه الصلاة والسلام ذلك .

وقالوا انه باخراج الصغيرة بالنص فان الحديث المذكور يشمل البكر الكبيرة فكانت أحق بنفسها من وليها .

ومنه كذلك قوله صلى الله عليه وسلم " البكر يستأذنها أبوها "(1) رواه مسلم وهو نص في الباب ولو كان للأب اجبارها لما أمر بذلك لأنه حينئذ لا يحتاج لاذنها بل يزوجها بغير اذنها .

ومنه حديث النبي صلى الله عليه وسلم المروي عن أبي هريرة ونصه " لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، فقالوا يا رسول الله كيف اذنها قال: أن تسكت "(2) وهو حديث متفق عليه .

---

(1) سبق تخريجه في ص ٦٤

(2) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب النكاح باب لا ينكح الأب وغيره الخ صحيح البخاري بشرحه فتح الباري ج ٩ ص ١٩١ وأخرجه مسلم بنحو اللفظ المذكور صحيح مسلم بشرح النووي ج ٩ ص ٢٠٤ ـ وانظر كذلك ، المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٨٧ وما بعدها ـ فتاوى ابن تيمية ج ٣٢ ص ٢٢ وما بعدها .

(٢) واما المعقول فقد قالوا ان البكر البالغة حرة مخاطبة فلا تزوج بغير رضاها فهي كالثيب البالغ وتأثيره أن الحرية والخطاب وصفان مؤثران في استبداد المرء بالتصرف وزوال ولاية الافتيات عنه كما في حق المال والغلام •

ولبقاء صفة البكارة تأثيره في عدم الاهتداء بسبب انعدام التجربة والامتحان لكن الاهتداء وعدمه لا يوقف على حقيقته وتختلف فيه أحوال الناس فأقام الشارع البلوغ عن عقل مقام حقيقة الاهتداء تيسيرا على الناس ويناسب ذلك الحاق البكر البالغة بالثيب البالغة لا بالبكر الصغيرة •

٦٥— وقد رد مانعوا الاجبار على مخالفيهم بالآتي :—

(١) قالوا ان الحديثين مستندي المخالفين لا يدلان على ما ذهبوا اليه من جبر البكر البالغة على النكاح ونفاذ عقد الولي عليها دون الرجوع اليها فيه ذلك لأن المخالفين استفادوا هذا الحكم بطريق المفهوم وهو ليس حجة عند الحنفية لأن اللفظ لا يدل على خلاف ما وضع له والتنصيص على الشيء بالذكر (١) لا ينفي الحكم عما عداه •

---

(١) النص الشرعي يجب العمل بما يفهم من عبارته او اشارته او دلالته او اقتضائه لأن كل ما يفهم من النص بطريق من هذه الطرق الأربعة هو من مدلولات النص والنص حجة عليه لكن هل يكون للنص الشرعي دلالة على حكم ما في المفهوم المخالف لمنطوقه قيل إن هذا ليس من مدلولات النص بطريق من طرق الدلالة الأربع المذكورة بل يعرف حكم المفهوم المخالف المسكوت عنه بأي دليل آخر من الأدلة الشرعية التي منها الاباحة
—

وقالوا انه لو سلم للمجيزين بصلاحية المفهوم للاحتجاج فانـــــه لا يسلم لهم صلاحية هذا المفهوم نفسه ليكون حجـة لما ذهبــــوا

- الأصلية .

وفي معنى المفهوم المخالف قالوا ان النص اذا دل على حكم في محــــــل مقيدا بقيد بأن كان موصوفا بوصف أو مشروطا بشرط أو مغيا بغاية أو محددا بعدد يكون حكم النص في المحل الذي تحقق فيه القيد منطوق النـــــص وأما حكم المحل الذي انتفى عنه القيـد فهو مفهومه المخالف .
ومثال مفهوم الوصـف كقوله تعالى (وحلائـل أبنائكم الذين من أصلابكم) سورة النساء آيـه ٢٣ فمفهوم المخالفـه الأبناء الذين ليسوا من الأصلاب كابن الابن رضاعا . ومثال مفهوم الغايـة قوله تعالى (فان طلقهـــــا فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فمفهوم المخالفة اذا تزوجـت المطلقـه ثلاثا زوجا غير مطلقها ومفهوم الشرط كقوله تعالى (وان كـــــن أولات حمل فأنفقوا عليهـــن) فمفهوم المخالفة ان كن لسن أولات حمـــل ومفهوم العدد كقوله تعالى (فاجلدوهم ثمانين جلدة) سورة النـــور آيـه (٤) فمفهوم المخالفـة الأقل والأكثر من ثمانين ومفهوم اللقـــــب كقوله تعالى محمـــد رســـول اللـــــه فمفهـــوم المخالفـــه غيـــــر محمـــد .

وقد اتفـق الأصوليون على عدم الاحتجاج بالنص على مفهوم المخالفـة فيه وذلـك في مفهـــوم اللقـب واتفقوا على الاحتجـاج بمفهوم المخالفـــة في مفهوم الوصـــف او الشـرط او العدد او الغايـة في غيـر النصـوص الشرعيـة أي في عقود المتعاقدين وتصرفاتهـــم وأقوال الناس وعبـــارات المؤلفين ومصطلحات الفقهاء .

ومع اتفاق الأصوليـــن فيما ذكر الا أنهم اختلفوا في الاحتجاج بمفهـــوم المخالفـة في الوصـف أو الشرط أو الغايـه أو العدد في النصـــوص الشرعيـه خاصـة فذهب جمهور أهل الأصول أن النصـص الشرعـــــي

-

اليه كما هو مقرر عندهم من أن المفهوم اذا عارضه المنطوق يقدم المنطوق عليه لكونه أقوى •

وهذا المفهوم قد عارضه منطوق الأحاديث الصريحة في رد النبي صلى الله عليه وسلم نكاح البكر التي زوجها أبوها وهي كارهة وجعل الخيار لها وأقرها على رأيها •

— الدال على حكم في واقعة اذا قيد بوصف أو شرط بشرط أو حدد بغاية أو عدد يكون حجة على ثبوت حكمه في الواقعة التي وردت فيه بالوصف أو الشرط أو الغاية أو العدد الذي ذكر فيه ويكون حجة على ثبوت نقيض حكمه في الواقعة التي وردت فيه اذا كانت على خلاف الوصف أو الشرط أو الغاية أو العدد الذي ذكر فيه ويسمى حكمه الأول منطوقه ويسمى حكمه الثاني مفهومه المخالف • فالتحريم للدم المسفوح والتحليل للدم غير المسفوح كل منهما مدلول قوله تعالى (أو دما مسفوحا) •

وذهب الأصوليون من الحنفية الى أن النص الشرعي الدال على حكم في واقعة اذا قيد بوصف أو شرط بشرط أو حدد بغاية أو عدد لا يكون حجة الا على حكمه في واقعته التي ذكرت فيه بالوصف أو الشرط أو الغاية أو العدد الذي ذكر فيه وأما الواقعة التي انتفى عنها ما ورد فيه من قيد فلا يكون حجة على حكم فيها بل يكون النص ساكتا عن بيان حكمها فيبحث عن حكمها بأي دليل من الأدلة الشرعية التي منها ان الأصل في الأشياء الاباحة (انظر علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف الطبعة العاشرة سنة ١٣٩٢هـ سنة ١٩٧٢م ص١٥٣ وما بعدها وقد ذكر أدلة الفريقين وأمورا أخرى في المسألة محل البحث فليرجع الى ذلك من شاء المزيد) •

وقالوا أيضا ان نفس نظم باقي الحديث يخالف المفهوم وهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم "والبكر يستأمرها أبوها"[1] لأن وجوب الاستئمار مناف للاجبار لأنه طلب الاذن أو طلب الأمر وفائدته الظاهرة ليست الا لتعرف رضاها أو عدمه بقصد العمل على وفقه.

وقد قال الامام ابن تيميه في الفتاوى أن المجبرين تركوا العمل بنص الحديث وظاهره وتمسكوا بدليل خطابهم ولم يعلموا مراد الرسول صلى الله عليه وسلم وذلك أن قوله (الأيم أحق بنفسها من وليها)[2] يعم كل ولي وهم يخصونه بالأب والجد . والثاني قوله (والبكر تستأذن)[3] وهم لا يوجبون استئذانها بل قالوا هو مستحب على ما ذكر حتى طرد بعضهم قياسه وقالوا لما كان مستحبا اكتفي فيه بالسكوت وادعى أنه حيث يجب استئذان البكر فلابد من النطق وهذا قاله بعض أصحاب الشافعي وأحمد وهو مخالف لاجماع المسلمين قبلهم ولنصوص رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه قد ثبت بالسنة الصحيحة المستفيضة واتفاق الأئمة قبل هؤلاء أنه اذا زوج البكر أخوها أو عمها فانه يستأذنها واذنها صماتها .

وأما المفهوم فالنبي صلى الله عليه وسلم فرق بين البكر والثيب كما قال في الحديث الآخر (لا تنكح البكر حتى

---

(١) سبق تخريجه في ص ٦٤
(٢) " " " ص ٧٤
(٣) " " " ص ٦٥

تستأذن ولا الثيب حتى تستأمر)[1] فذكر في هذه لفظ (الاذن) وفي هذه لفظ (الأمر) وجعل اذن هذه (الصمات) كما أن اذن تلك (النطق) فهذان هما الفرقان اللذان فرق بهما النبي صلى الله عليه وسلم بين البكر والثيب لم يفرق بينهما في الاجبار وعدم الاجبار وذلك لأن البكر لما كانت تستحي أن تتكلم في أمر نكاحها لم تخطب الى نفسها بل تخطب الى وليها ووليها يستأذنها فتأذن له لا تأمره ابتداء بل تأذن له اذا استأذنها واذنها صماتها .

وأما الثيب فقد زال عنها حياء البكر فتتكلم بالنكاح فتخطب الى نفسها وتأمر الولي أن يزوجها فهي آمرة له وعليه أن يطيعها فيزوجها من الكفء اذا أمرته بذلك ، ومن ثم فالولي مأمور من جهة الثيب ومستأذن للبكر .

ثم قال ابن تيمية : فهذا هو الذي دل عليه كلام النبي صلى الله عليه وسلم وأما تزويجها مع كراهتها للنكاح فهذا مخالف للأصول والمعقول .

ثم استطرد فقال : ان الله لم يسوغ لوليها أن يكرهها على بيع أو اجارة الا باذنها ولا على طعام أو شراب أو لباس لا تريده فكيف يكرهها على مباضعة ومعاشرة من تكره معاشرته والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة فاذا كان لا يحصل الا مع بغضها

---

(١) سبق تخريجه ص ٦٥

له وطيورها عنه فأس ميتة ورحمة في نيابتك (١) .

(٢) أما ما قيل من حمل الاستئمار على الندب في الحديثين مستندي المخالفين كما في قوله عليه الصلاة والسلام (آمروا النساء في بناتهن) (٢) فهو ضعيف فان اخراج الأمر في صورة الخبر والتعبير به عنه لا يكون الا للفائدة تقويته وتوكيده وذلك انما يكون لوجوبه .

أما قياس استئمار البنات على استئمار الأمهات فهو قياس مع الفارق لأن البنت هي التي يضرب عليها رق النكاح وتقيد به وليس هذا متحققا في الأمهات فيكون ما ورد في جانب الأمهات انما هو لاستطابة قلوبهن .

(٣) ومنطوق حديثهم لا يتنافى مع ما ذكر فانه كما أفاد اثبات الأحقية للثيب أفاد اثباتها للبكر في ضمن اثبات حق الاستئمار لها .

فان قيل ان المغايرة بين اللفظين تدل على اختلاف الحقين فيرد عليه بأن ذلك لولم يكن لداع والداعي قد وجد هنا وهو أن البكر لما كانت تخطب الى وليها عادة نبه الولي الى الاستئذان حتى لا يستبد بالعقد عليها قبل أن يظهر رضاها بالخاطب ويؤيد هذا المعنى قول الرسول صلى الله عليه وسلم في الرواية الأخرى الثابتة

---

(١) فتاوى ابن تيميه ج ٣٢ ص ٢٢ ، ٢٣

(٢) سبق تخريجه في ص ٧٣

فى صحيح مسلم وأبى داود والترمذى والنسائي وموطأ الامام مالك ونصه (الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صماتها) [1] ذلك ان الأيم اسم لمن لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا فهو قد أثبت الأحقية للبكر صراحة ثم خصها بوجوب الاستئذان لما ذكرنا من السبب وبهذا تتفق الروايتان وهو جمع ظاهر لا بطريق الحمل والتخصيص ولا تدفعه قاعدة لغويه ولا أصولية ٠

(٤) وقبض الأب الصداق للبكر المكلفة لا يدل على الجبر لأنها عند من لا يقولون بالجبر لو نهته لم يكن له ذلك فلا يبرئ الدفع له ذمة الزوج من الصداق ولكن عند عدم النهى له قبضه لوجود الاذن بذلك دلالة لأن البكر تستحى من قبض صداقها فضلا عن أن العادة قد جرت بأن الأب يضم الى الصداق شيئا من ماله يفوقه كثيرا ويجهز ابنته بمجموع ذلك بخلاف الثيب فانه ليس لأبيها قبض صداقها الا باذنها صراحة لأنها لا تستحى كما أن العادة لم تجر بتكرار الجهاز [2] ٠

---

(١) سبق تخريجه فى ص ٣٥ ، ٧٤

(٢) يراجع فى اجبار البكر المكلفة وعدم اجبارها ؛
بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٤٠ وما بعدها فتح القدير ج ٢ ص ٣٩١ وما بعدها — الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٠٢ وما بعدها — المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٨٧ وما بعدها — فتاوى ابن تيميه ج ٣٢ ص ٢٢ وما بعدها مغني المحتاج ج ٣ ص ١٤٩ ٠

٦٦ـ ويخلص لنا مما قدمنا في موضوع الولاية على البكر المكلفة أن في هذا الأمر فريقين :

فريقا على أنها تدخل تحت الولاية المجبرة وفريقا على أنها لاتدخل فيها .

وقد قلنا ان الفريق الأول استند على حجج نقلية وعقلية أما الحجج النقلية فمنها حديث (الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها) (١) فقد حملوا الأمر على الندب وقالوا ان اثبات الأحقية للثيب يفيد أن البكر وهي التي تقابل الثيب بخلافها فيكون وليها أحق بنفسها منها .

وكذلك حديث (ليس للولي مع الثيب أمر) (٢) ويفهم منه تخصيص الثيب بهذا الحكم أما البكر فيستبد الولي بتزويجها .

وأما المعقول فان البكارة لم تحدث لها رأيا في باب النكاح لأن الرأى يكتسب بالتجربة وهي لم تجرب فهي شديدة الحياء بخلاف الغلام فالرأى يحدث له بالبلوغ عن عقل .

ومما قالوه تدليلا على صحة هذا النظر أن للأب قبض صداق البكر بغير اذنها فكذلك الأمر في تزويجها يجبرها اذا كانت بكرا مكلفة كأنها صغيرة .

وهذا الذى قالوه قد رده المانعون للجبر بحجج قوية ثم تناولوا أدلة مخالفيهم بالمناقشة .

---

(١) سبق تخريجه ٦٤ (٢) سبق تخريجه ٧٣

٦٧ — أما حجج المانعين فهي تستند أيضا على المنقول والمعقول،
أما المنقول فحديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذى رد فيه
نكاح بكر زوجها أبوها وهي كارهة ولوكان له الجبر ما رد نكاحها

وحديث " الأيم أحق بنفسها من وليها " أو من " أبيها "(١)
وهو حديث صحيح والأيم اسم لمن لا زوج لها صغيرة كانت أوكبيرة
بكرا كانت أوثيبا وقد خرجت الصغيرة بحديث عائشة رضي الله
عنها لما زوجها أبوها الرسول صلى الله عليه وسلم وهي صغيرة .

وحديث (البكر يستأذنها أبوها)(٢) وهو نص في الباب .

وحديث "ولا تنكح البكر حتى
تستأذن "(٣) وهو حديث متفق عليه .

أما المعقول فقد أقام الشارع بلوغ البكر عن عقل مقام حقيقة
الاهتداء لأن الاهتداء بنفسه لا يوقف على حقيقته وتختلف
فيه أحوال الناس لذلك أقيم البلوغ عن عقل مقام حقيقة الاهتداء
تيسيرا على الناس .

٦٨ — وأما مناقشة غير المجبرين لأدلة مخالفيهم وهي مناقشة أراها
كافية لدحض ما احتجوا به فانهم قد قالوا ما خلاصته :
(أ) ان من قالوا بالاجبار استفادوا هذا الحكم من طريق المفهوم من
الحديثين اللذين ذكروهما ومفهوم المخالفة ليس حجة لدى
الحنفية وعلى فرض صلاحية المفهوم في هذين الحديثين

---

(١) سبق تخريجه في ص ٣٥ ، ٧٤
(٢) " " " ص ٦٤
(٣) " " " ص ٦٥

ليكون حجة فلا يسلم صلاحية هذا المفهوم نفسه ليكون حجة لما هو مقرر عند من يقولون بأن المفهوم حجة من أن المفهوم اذا عارضه المنطوق يقدم المنطوق على المفهوم لأنه أقوى وهذا المفهوم عارضه منطوق الأحاديث الصريحة وقد مر ذكرها .

ثم ان نظم باقي الحديث يخالف المفهوم فقد جاء فيه (والبكر يستأمرها أبوها) (١) .

(٢) والولي ليس له اجبار البكر المكلفة على أي تصرف كبيع واجارة الا أن تأذن في ذلك كذلك الشأن في الطعام والشراب واللباس فليس معقولا أن يكرهها على معاشرة من تكره مع أن هذا أولى وأعظم من المال فكيف تجبر عليه ولا تجبر على ما هو دونه مع أن الزواج مبني على المودة والرحمة فكيف يتحقق هذا الجبر وهي كارهة أشد الكره .

(٣) وحمل الاستئمار على الندب في الحديثين مستند المخالفين غير مسلم لهم لأن الأمر فيهما جاء في صورة الخبر والتعبير به عنه لا يكون الا لفائدة تقويته وتوكيده وذلك انما يكون لوجوبه .

(٤) وقبض الأب صداق البكر المكلفة لا يدل على الجبر انما لوجود الاذن به دلالة لأن البكر تستحي من قبض

---

(١) سبق تخريجه انظر ص ٦٤

صداقها والعادة جرت فى البكر على أن الأب يضم الى الصداق أضعافه يجهز ابنته بذلك .

٦٤— وبعد ايراد حجج القائلين بعدم الاجبار وردهم على القائلين باجبار البكر المكلفة أقول ان حجج القائلين بالجبر لا تقوى على معارضة حجج من قالوا بعدم الجبر لاسيما والأولون كما سبق القول قد أستندوا على نصوص شرعية تدل بمفهومها كما قالوا على الجبر واعتماد المفهوم محل خلاف بين العلماء فى بناء أحكام الشريعة عليه بينما النصوص التى اعتمدها القائلون بعدم الجبر قد دلت منطوقها على مذهبهم بل ان منها ما هو نص فى الباب .

أما القول بأن البكر المكلفة لم تمارس الرجال وانها لذلك شديدة الحياء بخلاف الغلام فالرأى يحدث له بالبلوغ عن عقل — أقول ان هذا الأمر مما يختلف فيه الناس ويتأثر بالزمان والمكان تبعا لتغير المقاييس الاجتماعية لأن مبناه العرف والعادة وهما قابلان للتغيير ومن ثم كان ربط الحكم فى كمال الرأى بالبلوغ عن عقل أضبط سواء بالنسبة للبكر البالغة أو للغلام فالأحكام انما تناط بعللها المنضبطة لا بحكمها التى لاتنضبط .

واذا كان هذا يراعى فى المال فيمنع الولى من التصرف فى مال البكر اذا بلغت عاقلة فأولى أن تملك أمر زواجها لتعلقه بالنفس اذ يضرب عليها قيد الزواج فلزم أن تختار حتى لاتجبر على معاشرة ومباضعة من تحمل له فى نفسها غاية البغض مما يكون معه زواجها بمن تكره بدون اذنها جحيما لا يطاق لهذا مما تنبو عنه مقاصد الشريعة المبنية على الود والمحبة والتسوية بين الجنسين فى التصرفات .

(المطلب الرابع)

" معنى البكارة "

البكر من هي الثيب

٧٠ـ لما كانت الحاجة ماسة الى بيان من هى التى تزوج بكرا ومن هي التى تزوج ثيبا وذلك لأمور منها :

(١) أن الفقهاء على ما ذكر فى موضعه يختلفون فى علة ولاية الاجبار على الصغيرة أهي الصغر أم البكارة وأن منهم من ذهب الى أن علة الاجبار هنا هي البكارة.

(٢) وأن السكوت جعل رضا فى حق البكر دون الثيب .

(٣) وأن للأب ولاية قبض صداق البكر بغير اذنها الا اذا نهته نصا وليس له ولاية قبض مهر الثيب الا باذنها .

أقول لما كان الحال كذلك فقد وجب بيان من هي البكر ومن هي الثيب فى الحكم لا فى الحقيقة لأن حقيقة البكارة بقاء العذرة وحقيقة الثيابة زوال العذرة وأما الحكم فغير مبني على ذلك بالاجماع.

٧١ـ ذكر فى المبسوط والبدائع وغيرهما أنه لا خلاف لدى الحنفية فى أن كل من زالت عذرتها بوثبة أو طفرة أو حيضة أو طول تعنيس أنها فى حكم الأبكار تزوج كما تزوج الأبكار وقد خالفهم فى ذلك بعض الفقهاء على ما سيأتى .

ولاخلاف أيضا أن من زالت عذرتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب وهو الوطء بعقد جائزا وفاسدا وشبهة أوجب لها المهر بذلك

الوطء أنها تزوج كما تزوج الثيب •

ولا خلاف أيضا فى أن من زالت عذرتها بزنا حدث فيه أو تكرر منها واشتهرت به أنها تزوج كما تزوج الثيب •

وقد حصر الفقهاء الخلاف فى مسألتين :

الأولى : من زالت عذرتها بنحو وثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس ففي هذه يقول الأحناف انها بكر فتزوج كما تزوج البكر على ما مر ذكره • ولدى الشافعي فى قول أنها ثيب لأن البكر عذرتها قائمة وهذه لا عذرة لها •

وقال الحنفية ان البكر حقيقة من يكون مصيبها أول مصيب لها فان هذه المادة تدل على أولية الشيء ومنه البكرة لأول النهار والباكورة لأول الثمار ويقال لكل من بادر الى شيء بكر وأبكر ويؤخذ من ذلك أنها مالم توطأ فهي بكر • (١)

---

(١) راجع المبسوط للسرخسي ج ٥ ص ٧ وقد جاء فيه ما روى عن عائشه رضي الله عنها لما افتخرت بالبكارة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد أشارت الى المعنى المذكور فى الصلب للبكاره وقالت أرأيت لو وردت واد بين أحدهما رعاه أحد قبلك والآخر لم يرعه أحد قبلك الى أيهما تميل فقال صلى الله عليه وسلم " الى التي لم يرعها أحد قبلي" فقالت أنا ذاك فعرفنا من هذا أنها لم توطأ فهي بكر • أخرجه البخارى بنحو اللفظ المذكور • صحيح البخارى بشرحه فتح البارى ج ٩ ص ١٢٠ رقم ٥٠٧٧ ففيه عن عائشه رضي الله عنها قالت قلت يارسول الله أرأيت لو نزلت واديا وفيه شجرة قد أكل منها ووجدت شجرا لم يؤكل منها فى أيها كنت ترتع بعيرك " فقال فى التي لم يرتع منها " تعني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يتزوج بكرا غيرها •

والثانية : وهي من زالت بكارتها بزنا غير مشهور ولم تحد فانها تزوج كما تزوج الأبكار فيكتفى بسكوتها فى قول أبي حنيفة رضى الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد لا يكتفى بسكوتها بل تزوج كما تزوج الثيب •

وقالوا انها ثيب حقيقة لأن الثيب اسم لامرأة يكون مُصيبها عائدا اليها فانه مشتق من قولهم ثاب اذا رجع وهذه كذلك فصارت كما لو وطئت بشبهة أو أقيم عليها الحد أو تكرر زناها •

٧٢— ولأبي حنيفه رحمه الله أدلة أهمها •

(١) أن المعنى الذى من أجله اكتفى صاحب الشرع بسكوتها فى تحقق رضاها انما هو الحياء لا البكارة فكان الحياء هو العلة التى رتب عليها الحكم وهو كفاية السكوت فى تعرف رضاها •

وعلة الحياء هذه متحققة فى التى زالت بكارتها بزنا غير مشهور ولم تحد فيه لأنها وان ابتليت بالزنا مرة لا ينعدم حياؤها بل يزداد وفى الزامها النطق ظهور فاحشتها وهي تستحي من ذلك أشد الاستحياء فتحمل عليه للستر على نفسها •

ودلالة أن العلة هي الحياء اشارة النص والمعقول •

أ — اما اشارة النص فلما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " تستأمر النساء فى أبضاعهن " فقالت عائشه رضى الله عنها ان البكر تستحى يارسول الله فقال صلى الله

عليه وسلم " اذنها صماتها "(١) .

فالاستدلال به أن قوله صلى الله عليه وسلم " اذنها صماتها " خرج جوابا لقول عائشة رضي الله عنها ان البكر تستحي عن الاذن بالنكاح نطقا والجواب يقتضي اعادة السؤال لأن الجواب لا يتم بدون السؤال كأنه قال صلى الله عليه وسلم : اذا كانت البكر تستحي عند الاذن بالنكاح نطقا فاذنها صماتها . فهذا اشارة الى أن الحياء علة وضع النطق وقيام الصمات مقام الاذن علة منصوصة وعلة النص لا تتقيد بمحل النص كالطواف في الهرة ونحو ذلك .

ب ـ وأما المعقول فهو أن الحياء في البكر مانع من النطق بصريح الاذن بالنكاح لما فيه من اظهار رغبتها في الرجال لأن النكاح سبب الوطء والناس يستقبحون ذلك منها وذلك مانع لها من النطق بالاذن الصريح وهي محتاجة الى النكاح فلو شرط استنطاقها وهي لاتنطق عادة لفات عليها النكاح مع حاجتها اليه وهذا لا يجوز .

والحياء موجود في حق هذه وان كانت ثيبا حقيقة لأن زوال بكارتها لم يظهر للناس فيستقبحون منها الاذن بالنكاح صريحا ويعدونه من باب الوقاحة .

ولا يزول ذلك مالم يوجد النكاح ويشتهر الزنا فحينئذ لايستقبح الاظهار بالاذن ولا يعد عيبا بل الامتناع عن الاذن عند استئمار الولي يعد رعونة منها لحصول العلم للناس بظهور رغبتها في الرجال .

---

(١) سبق تخريجه ص ٦٥

وأما الحديث فالمراد منه الثيب التى تعارفها الناس ثيبا لأن مطلق الكلام ينصرف الى المتعارف بين الناس ولهذا لم تدخل البكر التى زالت عذرتها بالطفرة والوثبة والحيضة ونحو ذلك فى هذا الحديث وان كانت ثيبا حقيقة .

(٢) وهى لم تعرف بزنا فيكتفى بسكوتها كما لو كانت عذراء وذلك أنها لو ألزمت النطق والناس قد عرفوها بكرا لأدى الى محذور وهو اشاعة الفاحشة والحاق العار بها وبأهلها والمسلم مأمور بالستر فيعارض دليل الزامها النطق دليل المنع عن اشاعة الفاحشة فى هذه الصورة والمنع مقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيما وراء هذه .

(٣) والظاهر أن مراد الشارع من البكر المعتبر سكوتها رضا البكر ظاهرا كما هو فى أمثاله لا البكر فى نفس الأمر بدليل أنه لم يوجب على الولي استكشاف حالها عند استئذانها أهي بكر الآن فيكتفى بسكوتها أم لا فلا بل اكتفى منه بالبناء على الأصل الذى لم يظهر خلافه والكلام فى ثيوبة بزنا لم يظهر فيجب كونها بكرا شرعا .

وأما ما اذا وطئت بشبهة فان الشارع أظهر هذا الوطء وعلق به أحكاما منها وجوب المهر والعدة وثبوت النسب (١)

---

(١) ما جاء فى الصلب عن ثبوت النسب فى الوطء بشبهة يحتاج الى بعض البيان ذلك أن الشبهة تنقسم عند الجمهور الى شبهة فعل وشبهة ملك وأبو حنيفه وزفر يضيفان الى ذلك شبهة العقد .

واما اذا تكرر الزنا واشتهرت به أوحدت فيه فان الفاحشة

— فشبهة الفعل وتسمى شبهة اشتباه أى شبهة فى حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وفيها يعتقد الشخص حل الفعل ويظن فى نفسه أن الحرام حلال من غير دليل قوى أو ضعيف أو خبر من الناس فالشبهة هنا صحبت نفس الفعل ولم تقم بالمحل الذي لا شبهة في تحريمه ولكن الظن قام بذهن الفاعل بسبب جهله بالشرع ومثالها من يأتي زوجته التى طلقها ثلاثا فى العدة اذ أنه وان كانت حرمتها عليه ثابتة بالاجماع الا أن فيها بعض الأحكام كالنفقة والسكنى وحرمة أختها وعدم قبول شهادة كل منهما لصاحبه فحصل بذلك الاشتباه الذي أورث شبهة أن ظن حله لأنه في موضع الاشتباه فيعذر مع أن الفعل فى حقيقته زنا وفى هذا النوع من الشبهات لا يثبت النسب فى أية حالة من حالاتها وان ادعى الولد لأن الفعل زنا والزنا لا يثبت به النسب ألبتة .

وشبهة المحل . وتسمى شبهة حكمية وهي توجد اذا كان هناك دليل شرعي يفيد حل الفعل الذى ارتكب مع وجود دليل آخر بجانبه يرجحه يحرم الفعل نفسه فيكون الفعل محرما حقيقة غير أن وجود الدليل الآخر يورث شبهة فى حكم الشرع بالتحريم فالثابت فى هذه الشبهة شبهة حكم الشرع بحل المحل ومثالها فى جريمة القذف مثلا أن يكون القاذف أب المقذوف فهنا مع ثبوت الجريمة المستوجبة للحد لكن يوجد دليل قد يفيد تحريم اقامة الحد على الوالد وهو قوله تعالى (ولا تقل لهما أف) لأن النهي عن التأفف نصا يفيد النهي عن الضرب دلالة ومن الأمثلة فى جريمة الزنا أن يطأ الرجل مطلقته بائنا بالكنايات فهذا يورث شبهة لقول عمر رضي الله عنه (الكنايات رواجع) وفى هذا النوع من الشبهات يثبت النسب للولد الحادث من الوطء اذا ادعاه الواطىء والقاعدة كما فى الجوهرة أن كل موضع فيه شبهة الفعل لا يثبت نسب الولد من الواطىء وان ادعاه وفى كل موضع كانت الشبهة فى المحل يثبت النسب منه اذا ادعاه .

وفى شبهة العقد وهى تقوم عند من يقول بها اذا وجدت صورة العقد

....

— بايجاب وقبول ممن يكون له أهلا فالدخول فى مثل هذا الزواج دخول بشبهة يندرج معه الحد حتى ولوكانت الحرمة مؤبدة ويعلم بها الفاعل كمن يتزوج أخته اوخامسة على أربع فى عصمته أومجوسيه أومشركه ويدخل بها بناء على ذلك والجمهور لا يقولون بهذه الشبهة ويعدون الفعل زنا وفيما يتعلق باثبات النسب للولد الحاصل من الوطء فيها فانه يثبت عند من يقولون بها أما عند الجمهور الذى يمنعها فلا يثبت النسب الا اذا كان غير عالم بالحرمة • فأنت ترى أن ثبوت النسب بالوطء بشبهة ليس على اطلاقه (راجع = الأحوال الشخصيه فى الشريعه الاسلاميه للذكتور عبد العزيز عامر الطبعه الثانيه سنة ١٣٩٦هـ سنة ١٩٧٦م ، وكذلك السرخسي ج ٩ ص ٨٥ وما بعدها طبعة مطبعة السعادة بمصر — البدائع للكاساني ج ٧ ص ٣٥ وما بعدها و ص ٢٣٥ الطبعة الأولى بمطبعة الجمالية بمصر سنة ١٣٢٨ هـ وسنة ١٩١٠ م فتح القدير ج ٤ ص ١٤٢ وما بعدها الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر سنة ١٣١٦ هـ الجوهرة النيرة ج ٢ ص ٢٤٣ وما بعدها طبع الآستانة سنة ١٣٦١ هـ وكذلك المدونة الكبرى ج ١٦ ص ٢ وما بعدها — الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢١٣ ، ٢١٤ — المغنى لابن قدامة ج ١٠ ص ١٥٢ وما بعدها — التشريع الجنائي الاسلامي لعبد القادر عوده ج ١ القسم العام ص ٢٠٧ وما بعدها •

قد ظهرت واشتهرت بها وما نحن فيه الآن بخلاف ذلك (١)

٧٣ـ وعند المالكية جاء في الشرح الصغير للدردير أن للأب ولاية الاجبار لثلاث من بناته نذكر منهن :

الأولى : البكر ما دامت بكرا ولو عانسا بلغت من العمر ستون سنة أو أكثر الا اذا رشدها أبوها وأطلق الحجر عنها لحسن التصرف فلا جبر له عليها هنا .

ويأخذ حكم البكر التى رشدها أبوها أن تكون قد أقامت بعد أن دخل بها الزوج سنة فأكثر ببيت زوجها ثم تأيمت وهي بكر فلا جبر للولي عليها تنزيلا لاقامتها ببيت الزوج سنة منزلة الثيوبة .

والثانية : الثيب الصغيرة وهي تأخذ نفس حكم البكر وصورتها أن تكون قد تأيمت قبل أن تبلغ بعد أن أزال الزوج بكارتها وللأب جبرها لصغرها ولا عبرة بثيوبتها في هذه الحالة .

وكذلك من كبرت بأن بلغت وزالت بكارتها بزنا ولو تكرر حتى زال

---

(١) راجع في المقصود بالبكر لدى الأحناف : المبسوط للسرخسي ج ٥ ص ٧ ، وما بعدها والبدائع للكاساني ج ٢ ص ٢٤٣ وما بعدها وقد قدم للكلام عن معنى البكارة بقوله : اذا اختلف الحكم في البكر البالغة والثيب البالغة في الجملة حتى جعل السكوت رضا من البكر دون الثيب وللأب ولاية قبض صداق البكر بغير اذنها الا اذا نهته نصا وليس له ولاية قبض مهر الثيب الا باذنها فلابد من معرفة البكارة والثيابة في الحكم لا في الحقيقه لأن حقيقة البكاره بقاء العذرة وحقيقة الثيابة زوال العذرة وأما الحكم فغير مبني على ذلك بالاجماع .
ثم شرع في بيان من لا خلاف في اعتبارها في حكم الأبكار ومن لاخلاف في اعتبارها في حكم الثيب ثم ذكر الخلاف فيمن زالت عذرتها بالزنا وحجة كل فريق على ما هو وارد في الصلب .

جلباب الحياء عن وجهها أو ولدت منه فللأب جبرها ولا حق لولادتها من الزنا معه .

وكذلك من زالت بكارتها بعارض كوثبة أوضربة أو بعود ونحو ذلك فللأب جبرها ولو عانسا . وقد أخرج من ولاية الاجبار من زالت بكارتها بنكاح فاسد ولو مجمع على فساده ان درئ الحد لشبهة والا فله جبرها .

ويلاحظ أن محل جبر الأب فى هذه الحالات اذا لم يلزم على تزويجها ضرر عادة كتزويجها من خصى أو ذى عاهة كجنون وبرص وجذام مما يرد به الزوج شرعا والا فلا جبر له (1) .

٧٤— ولدى الشافعية قالوا انه ليس للولي تزويج ثيب بالغة وان عادت بكارتها الا باذنها فلا تجبر بخلاف البكر .

ويستوى فى حصول الثيوبة واعتبار أنها زالت البكارة أن تكون بوطء فى قبلها حلال كالنكاح أو حرام كالزنا أو بوطء لا يوصف بهما كشبهة لا يوصف بحل ولا بحرمة ولا فرق فى ذلك بين أن يكون فى نوم أو يقظة .

ولا أثر لزوالها بلا وطء فى القبل كسقطة وحدة طمث وطول تعنيس وهو الكبر (2) .

٧٥— ولدى الحنابلة الثيب المعتبر نطقها هى الموطوءة فى القبل

---

(1) الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٠٢ ، ٢٠٤ ، ٢٠٩ وما بعدها .
(2) مغني المحتاج ج ٣ ص ١٤٩ .

حلالا كان الوطء أوحراما مكرهة كانت أومطاوعة • وهم فى ذلك كمذهب الشافعي وقد سبقت الاشارة اليه وقد اختلفوا بناء على ذلك مع مالك وأبي حنيفة فى من أصيبت بالفجور ذلك أن الحنابلة يعتبرونها ثيبا على حين يعتبرها مالك وأبوحنيفه فى حكم البكر فى اذنها وتزويجها لما قالا قبلا ان علة الاكتفاء بصمات البكر هوالحياء وأن الحياء من الشيء لا يزول الا بمباشرته وهذه لم تباشر بالاذن فى النكاح فيبقى حياؤها منه بحاله •

وقد استند الحنابلة الى ما يأتى :ـ

(١) أن قوله صلى الله عليه وسلم (الثيب تعرب عن نفسها)(١) وقوله صلى الله عليه وسلم (لاتنكح الثيب حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن واذنها أن تسكت)(٢) • يدل على أنه لابد من نطق الثيب لأنه قسم النساء قسمين فجعل السكوت اذنا لأحدهما فوجب أن يكون الآخر بحاله •

(٢) وهذه ثيب فان الثيب هي الموطوءة فى القبل وهذه كذلك ولأنه لوأوصى لثيب النساء دخلت فى الوصية ولوأوصى للأبكار لم تدخل •

(٣) ولأنها موطوءة فى القبل فأشبهت الموطوءة بشبهة •

---

(١) أخرجه ابن ماجه فى سننه فى كتاب النكاح باب استئمار البكر والثيب ج ١ ص ٦٠٢ •

(٢) سبق تخريجه فى ص ٦٥

(٤) ولأن التعليل بالحياء غير صحيح فانه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه وانما يعتبر بمظنته وهي البكارة .

وعلى هذا لا يجوز اجبارها اذا كانت بالغة .
وان ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة أو شدة حيضة أو باصبع أو عود ونحوه فحكمها حكم الأبكار لأنها لم تختبر المقصود ولا وجد وطؤها فى القبل فأشبهت من لم تزل عذرتها

ولو وطئت فى الدبر لم تصر ثيبا ولا حكمها حكمهن لأنها غير موطوءة فى القبل.[1]

٧٦ـ والذى نأخذه مما ذكر خاصا بمن ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة وشدة الحيضة وما الى ذلك أن الحنابلة مثلهم مثل الجمهور لا يعتبرونها ثيبا بل يعتبرونها فى حكم الأبكار . وهم فيمن ذهبت عذرتها بزنا يعتبرونها ثيبا لزوال عذرتها فعلا تكرر أولم يتكرر حدث فيه أولم تحد .

٧٧ـ وأرى من المفيد أن نحصر نقاط الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء فى معنى البكارة أخذا مما سبق تفصيله بحججة فنقول :

(١) من زالت عذرتها بعارض لا بوطء من مثل وثبة أو طفرة أو شدة حيضة أو طول تعنيس فهذه تأخذ لدى الحنفية حكم الأبكار ويتفق معهم المالكية الذين يقولون انها تدخل فى ولاية الاجبار حتى ولوكانت عانسا وهي عند الشافعية والحنابلة تعتبر كذلك فى حكم

---

(١) راجع المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٩٤ وما بعدها .

الأبكار لأن العذرة في هذا الفرض زالت بلا وطء في القبل بل بعارض عرض لها •

ويمكن القول بناء على ما ذكر أن من كانت هذه حالتها لا تأخذ حكم الثيب بل حكمها حكم البكر في الجبر على النكاح وغير ذلك وهذا عند عامة العلماء لأن زوال العذرة لم ينشأ عن وطء في القبل بل هو نتيجة عارض عرض لها فأزال العذرة ومن ثم فهي بكر حكما •

(٢) ومن زالت عذرتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب وهو الوطء بعقد جائزا وفاسدا وشبهة أوجب لها المهر بذلك فلا خلاف بين العلماء في أنها ثيب بهذا الوطء وتزوج كما تزوج الثيب وممن قالوا بذلك الأحناف والمالكية والحنابلة والشافعية •

(٣) ومن زالت عذرتها بزنا حدث فيه أو تكرر منها واشتهرت به فهذه عند الحنفية تزوج كما تزوج الثيب لأنها ثيب حقيقة وهي كذلك لدى الشافعية والحنابلة •

أما عند المالكية فان من بلغت وزالت بكارتها بزنا ولو تكرر حتى زال جلباب الحياء من وجهها أو ولدت منه فللأب جبرها ولا حق لولادتها من الزنا معه •

وأنى في هذا الأمر مع المالكية وأرى عدم التفرقة بين من زنت وتكرر زناها أو لم يتكرر فهي تزوج كما تزوج البكر حتى لا تزيد الفاحشة شيوعا والقول بذلك من شأنه أن يحافظ على البقية الباقية من الحياء لدى من كتب

عليها أن ترتكب فاحشة الزنا فضلا عن أن الأصل أن من كتب عليها ذلك تستحي منه بطبعها •

(٤) ومن زالت بكارتها بزنا غير مشهور ولم تحد فيه فهي في قول أبي حنيفة رضي الله عنه تزوج كما تزوج الأبكار وهي عند أبي يوسف ومحمد رضي الله عنهما تزوج كما تزوج الثيب • وحالها كذلك لدى الشافعية والحنابلة •

أما عند المالكية فانها تجبر فتزوج كما تزوج الأبكار فهم يتفقون فى الرأى هنا مع أبي حنيفة وقد بسطنا أدلة الطرفين في موضعها •

وأنا أميل الى رأى أبي حنيفة والمالكية لما ساقوه من حجج فى هذا السبيل ولأن الشأن فى الزنا الذى لم يتكرر أنه لا يزيل عن التى وقعت فيه حياء البكر وهي لا تعلن عن هذه السقطة بل تتحرى اخفاءها عادة واعتبارها ثيبا فيه فضح لها والشريعة تأبى شيوع الفاحشة وزيادة على ذلك فان الاخفاء قد يعصم من تكرار هذه الجريمة والستر عليها قد يدفع الى الطريق المستقيم لا سيما والمرة الواحدة قد تكون على سبيل السقطة أو الزلة التي جرت الى الندم والتوبة واعتبار الثيب فى حكم البكر جار فى مسائل فتكون هذه منها •

(المطلب الخامس)

" المجانين وولاية الاجبار "

٧٨ـ قلت أن ولاية الاجبار في النكاح تثبت على الصغير والصغيرة وعلى المجنون والمجنونة وعلى المعتوه والمعتوهة (١) .

والآن أورد بعض البيان اللازم عن حكم المجانين والمعاتيه من حيث ولاية الاجبار .

٧٩ـ جاء في البدائع أن ولاية الاجبار بالنسبة للكبير والكبيرة تدور مع الجنون وجودا وعدما سواء كان الجنون أصليا بأن بلغ الشخص مجنونا أوكان عارضا بأن طرأ بعد البلوغ وذلك عند أبي حنيفه وصاحبيه .

---

(١) جاء في البدائع ج ٢ ص ٢٤١ أن ولاية الحتم والايجاب شرط ثبوتها على أصل الحنفية كون المولى عليه صغيرا أوصغيرة أومجنونا كبيرا او مجنونة كبيرة سواء كانت الصغيرة بكرا أو ثيبا فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ولا على العاقلة البالغة .

وعلى أصل الشافعي شرط ثبوت ولاية الاستبداد في الغلام هو الصغر وفي الجارية البكارة سواء كانت صغيرة أوبالغة فلا تثبت هذه الولاية عنده على الثيب سواء كانت بالغة أوصغيرة .

والأصل أن هذه الولاية على أصل الحنفية تدور مع الصغر وجودا وعدما في الصغير والصغيرة وعند الشافعي في الصغير كذلك أما في الصغيرة فانها تدور مع البكارة وجودا وعدما .

أما زفر رضي الله عنه فيقول ان الجنون اذا طرأ بعد البلوغ عن عقل لم يجز للولى التزويج وذلك لأن ولاية الولى قد زالت بالبلوغ عن عقل فلا تعود بعد ذلك بطريان الجنون كما لو بلغ مغمى عليه ثم زال الاغماء .

أما عند الثلاثة فقد وجد سبب ثبوت الولاية وهو القرابة وشرطه وهو عجز المولى عليه وهو حاجته وفى ثبوت الولاية فائدة فتثبت ولهذا تثبت فى الجنون الأصلي كذا فى الطارئ وتثبت ولاية التصرف فى ماله كذا فى نفسه (١) .

٨٠— وقد أجاز الشافعي رضي الله عنه الاجبار للأب والجد فى تزويج مجنونة أطبق جنونها بالغة محتاجة ولو ثيبا لاكتسابها المهر والنفقة وربما كان جنونها لشدة ميلها الى الرجال وكذلك اجبار المجنون البالغ المطبق جنونه الذى ظهرت حاجته للنكاح بظهور رغبته فيه اما بدورانه حول النساء وتعلقه بهن أو بتوقع شفائه بالوطء بقول عدلين من الأطباء لظهور المصلحة المترتبة على ذلك (٢) .

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٤١ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٧ وما بعدها ومما جاء فيه قوله انه يلزم المجبر وهو الأب أو الجد تزويج مجنونة أطبق جنونها بالغة محتاجة ولو ثيبا لاكتسابها المهر والنفقه وربما كان جنونها لشدة الشبق .
وكذلك مجنون بالغ أطبق جنونه وظهرت حاجته للنكاح بظهور رغبته فيه اما بدورانه حول النساء وتعلقه بهن أو بتوقع شفائه بالوطء بقول عدلين من الأطباء لظهور المصلحه المترتبه على ذلك .

وظاهر من هذا أن تجويز الاجبار على النكاح هنا مناطه تحقق المصلحة فى التزويج .

وقد منع الشافعي انكاح الصغير المجنون لأنه لاحاجة له الى الزواج فلا تثبت الولاية عليه فيه .

ورد الأحناف بأن النكاح يطلب لمقاصد دينية ودنيوية قلما تتوفر الا بين المتكافئين عادة فلو لم يزوجه الولي وانتظر بلوغه لحرم من احراز من تكافئه وقد تكون أعرف به وبحاجاته من سواها ومثلها لا يظفر به فى كل وقت كما فى الكفء الخاطب فلزم من ذلك أن انكاح الصغير المجنون قد تكون له به حاجة ماسة (١).

٨١— ولدى المالكية جاء في الشرح الصغير أن الأب له ولاية الجبر لثلاث من بناته منهن المجنونة البالغة الثيب فالأب يجبرها لعدم تمييزها (٢) .

٨٢— ولدى الحنابلة فى تزويج المجنونة بولاية الاجبار تفصيل خلاصته أن المجنونة ان كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك اجبارها لأنه اذا ملك اجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه أولى .

وان كانت ممن لا تجبر انقسمت ثلاثة أقسام :—

أحدهما : أن يكون وليها الأب أو وصيه كالثيب الكبيرة فهذه

---

(١) البدائع ج ٢ ص ١٤١ وما بعدها — مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥٧ وما بعدها .
(٢) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٣ ، ٢٠٤ .

يجوز لوليها تزويجها وقد ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي لأنه جعل للأب تزويج المعتوه فالمرأة أولى وهذا قول الشافعي وأبي حنيفه وقد منع منه أبو بكر لأنها ولاية اجبار وليس على الثيب ولاية اجبار وقد صحح صاحب المغني القول الأول لأن ولاية الاجبار انما انتفت عن العاقلة لرأيها لحصول المباشرة منها والخبرة وهذه بخلاف ذلك .

وكذلك الحكم فى الثيب الصغيرة اذا قلنا بعدم الاجبار فى حقها اذا كانت عاقلة .

وقد استطرد المغني بعد ذلك فى بيان القسمين الأخرين تفصيلا (١) .

---

(١) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٩٦ ، ٤٩٧ وقد جاء فيه عن القسم الثاني قوله أن يكون وليها الحاكم ففيه وجهان أحدهما ليس له تزويجها بحال لأن هذه ولاية اجبار فلا تثبت لغير الأب كحال عقلها والثاني له تزويجها اذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت أوصغيرة وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول أبي حنيفه لأن بها حاجه اليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل الى اذنها فأبيح تزويجها كالثيب مع أبيها وكذلك ينبغي أن يملك تزويجها ان قال أهل الطب أن علتها تزول بتزوجها .

ولنا أن المعنى المبيح للتزويج وجد فى حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة اذا ظهرت منها شهوة الرجال ففي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها فأشبه مالوقال أهل الطب انه يزيل علتها .

وتعرف شهوتها من كلامها أوقرائن أحوالها كتتبعها الرجال وميلها اليهم

٨٣- وما ذكر خاص بالجنون المطبق أما في الجنون غير المطبق كأن كان يجن ويفيق فان الولي لا يزوج في حال الجنون بل ينتظر حتى الافاقة فيشترط وقوع العقد في حال الافاقة ومعلوم أن ذلك في غير البكر (١) •

وهذا لدى المالكية أيضا (٢) •

ولدى الحنفية أن الكبير غير المطبق جنونه بأن كان يجن ويفيق فلا يزوجه أحد وانما يزوج نفسه اذا أفاق لأنه لم يثبت عجزه •

وقدروا الجنون المطبق بأنه ما بلغ شهرا وعليه الفتوى في مذهب أبي حنيفه وقيل سنة ولم يقدر أبو حنيفه في ذلك شيئا بل

— وأشباه ذلك •

ثم قال عن القسم الثالث انها من كان وليها غير الأب والحاكم فقال القاضي : لا يزوجها غير الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بيناه •

وقال أبو الخطاب : لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج موليته فيها وهذا قول أبي حنيفه لأن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة •

ووجه قول القاضي أن الحاكم هو الناظر لها في مالها دونه فيكون واليا دونه ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت الى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعري فان كان لها وصي في مالها لم يتملك تزويجها لأنه لا ولاية له في نكاحها والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الأب والحاكم على ما ذكرنا •

(١) مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٤١ (٢) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٤ •

فرضه الى رأى القاضي (١)

٨٤— وحكم المعتوهين فى تزويج الولي لهما كالمجنونين . والمعتوهون فى تزويجهم أنفسهم كالصبي العاقل لصحة العبارة منه ويتوقف العقد على اجازة الولي وكذلك الشأن فى كل العقود التي تحتمل النفع والضرر بخلاف المجنونين فانه لا يصح منهم مباشرتها ولو باشروها فانها تقع باطلة وذلك لعدم التمييز الذى هو مناط صحة العبارة وبما ينعقد العقد وان كان يتوقف على اجازة الولي لو باشره الصبي أو المعتوه اذ لا تلازم بين الانعقاد والنفاذ عند الحنفية (٢)

---

(١) ، (٢) فتح القدير ج ٢ ص ٤١٢ ومما جاء فيه أن المراد بالجنون المطبق هو على ما قيل سنة وقيل أكثر السنة وقيل شهر وعليه الفتوى وقال ان أبا حنيفة لا يوقت فى الجنون المطبق شيئا كما هو دأبه في التقديرات فيفوض الى رأي القاضي .
ثم قال ان غير المطبق تثبت له الولاية فى حالة افاقته بالاجماع . وقد يقال لا حاجة الى تقييده به لأنه لا يزوج حال جنونه مطبقا أوغير مطبق ويزوج حال افاقته من جنون مطبق أوغير مطبق لكن المعنى أنه اذا كان مطبقا تسلب ولايته فتزوج ولا تنتظر افاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا تزوج وتنتظر افاقته كالنائم ومقتضى النظر أن الكفء الخاطب اذا فات بانتظار افاقته تزوج وان لم يكن مطبقا والا انتظر على ما اختاره المتأخرون فى غيبة الولي الأقرب .

(المبحث الثانـــى)

" من تثبت له ولايـة الاجبـــار "

" المطلب الأول "

" أقوال الفقهاء فيمن تثبت له ولايـة الاجبار "

٨٥ — بينت فيما سبق من تثبت عليه ولايـة الاجبار .

والآن أبين من تثبت له هذه الولايـة فأقول :—

الأمر الذى لا نزاع فيه بين جمهور الفقهاء هو أن ولاية انكـاح الصغيرين ثابتة للأب . ولكن النزاع ثار بينهم فى ثبوت هذه الولايـة لغير الأب من الأولياء .

فالامام مالك ضيق فقال ان ولايـة انكاح الصغيرين لا تثبـت لغير الأب . ومعه فى ذلك الحنابلة والثورى وابن أبى ليلى .

والامام الشافعى أثبتها للأب ثم للجد ولم يثبتها لغيرهما مـن الأولياء .

أما الحنفيـه فقد توسعوا فى هـذا الأمـر اذ قالوا بثبوت هـذه الولايـة للأب ، ثم للجـد ثم لغيرهما من الأولياء على ترتيب الميراث .

وجـه قول مالك ومن معه أن الولايـة على الحرة انما تثبـت لحاجتها ولا حاجـة قبل البلوغ لعدم الشهوة غير أن ولايـة الأب ثبتت بالنص على خلاف القياس لأن أثـر الحريـة دفع سلطنة الغير والنص المشار اليـه هو تزويـج أبو بكر عائشـه رضى اللـه عنهما وهى بنت ست سنين للرسول صلى الله عليه وسلم فيقتصر الحكـم على مورد النـص .

وليس الجد في معنى الأب حتى يلحق به بدليل أن الولد جزء الأب فولاية الأب عليه كولايته هو على نفسه بعد البلوغ بخلافه مع الجد فان الصلة الجزئية بينهما ضعيفة اذ الولد منه جزء لجزئه وزيادة على ذلك فشفقة الجد قاصرة بالقياس لشفقة الأب فلم يكن مثله ولهذا يقدم وصي الأب عليه .

هذا والمالكية يجعلون ولاية الاجبار بعد الأب لوصيه لما سيأتي بعد (١) .

وقد أجاب الحنفية بالقول بعدم التسليم أن النكاح الصغير جاء على خلاف القياس وقالوا بل هو موافق للقياس لأن النكاح يراد لمقاصده وهي لا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان فيكون اثبات ولاية الأب بالنص لعلة احراز الكفء اذا ظفر به للحاجة اليه اذ قد لا يظفر بمثله اذا فات بعد حصوله فيتعدى الى الجد (٢) .

---

(١) الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٠٢ وما بعدها وقد أثبت ولاية الاجبار للأب ثم لوصي الأب وصرح بأنه بعد الأب ووصيه في البكر والصغيرة والمجنونة لاجبر لأحد من الأولياء على أنثى صغيرة أوكبيرة - المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٨٧ وما بعدها وما جاء فيه أنه ليس لغير الأب اجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة جدا كان أوغيره وأنه قد قال بهذا أيضا مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى .

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٤٠٥ وما بعدها - الزيلعي ج ٢ ص ١٢١ وما بعدها حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٥٤ وما بعدها .

٨٦ — ومما استلد اليه الشافعي رضي الله عنه :ـ

(١) قوله صلى الله عليه وسلم (لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر) (١)

واليتيمة الصغيرة التي لا أب لها لقوله صلى الله عليه وسلم (لا يتم بعد الحلم) (٢)

وفي الحديث أن قدامة بن مظعون زوج بنت أخيه عثمان بن مظعون من ابن عمر فردها صلى الله عليه وسلم وقال (انها يتيمة وانها لاتنكح حتى تستأمر) (٣) .

---

(١)و(٣) أخرجه الدارقطني في سننه بنحو اللفظ المذكور في كتاب النكاح برقم ٣٥ ، ٣٦ ، ٣٧ ، ٣٨ ، ٣٩ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه بلفظ (لا يتم بعد احتلام) وقال المنذري عقبه : في اسناده يحيى بن محمد المدني الجاري قال الخطابي يتكلمون فيه وقال ابن حبان يجب التنكب عما انفرد به من الروايات ، وذكر العقيلي هذا الحديث وذكر أن هذا الحديث لا يتابع عليه يحيى الجاري وقال الشيخ ابن القيم رحمه الله في هذا الحديث: وقال عبدالحق: المحفوظ موقوف على علي، وقد روى من حديث جابر ولكن في اسناده حرام بن عثمان وقال ابن القطان:علة حديث علي أنه من رواية عبدالرحمن بن قيس ولا يعرف في رواة الأخبار.قال : وعلته أيضا انه سمع شيوخا من بني عمرو بن عوف خالد بن سعيد وعبدالله بن أبي أحمد . قال: قال علي فخالد بن سعيد وابنه عبدالله بن خالد مجهولان ولم أجد لعبدالله ذكر الا في رسم ابن له يقال له اسماعيل بن عبد الله بن خالد بن سعيد بن أبي مريم ، ذكره أيضا أبوحاتم وهو مجهول الحال فأما جده سعيد بن أبي مريم فثقة ويحيى بن محمد المدني اما مجهول واما ضعيف ان كان ابن هانيء . مختصر المنذري مع المعالم والتهذيب ج ٤ ص ١٥٢ .

وتأثير هذا الوصف أن مزوجها قاصر الشفقة حتى لم تثبت له ولاية في المال ففي النفس أولى أن لا تثبت لأنها أعظم وأجل بينما أمر المال دون ذلك .

(٢) واستدل أيضا الى المعنى وهو أن هذه الولاية نظرية والتفويض الى غير الأب والجد مخل بها لقصور الشفقة ببعد القرابة ويشهد لاعتبار ما فيه من القصور سالبا للولاية دلالة الاجماع على عدم ثبوت ولايته في المال الا بوصية وهو أدنى من النفس فسلبها في النفس أولى .

والجد في معنى الأب للجزئية ووفور الشفقة وما قيل من ضعف ذلك بالقياس الى الأب لو اعتبر في جانب الجد لما ثبتت له ولاية المال كغيره .

وتقديم وصي الأب عليه اذا كان هناك وصي لا لأنه لا تثبت له ولاية الانكاح أبدا بل لقيام الوصي في هذه الحال مقام الأب وهذا لا يمنع من ثبوتها للجد اذا لم يكن الأب ولا وصيه على أن ثبوت الولاية للوصي مما لا يقول به الشافعي [1] .

---

(١) مغني المحتاج ج ٣ ص ١٤٩ وما بعدها ومما جاء فيه قوله ان ولاية الاجبار وهي تزويج البكر صغيرة أو كبيرة عاقلة أو مجنونة بغير اذنها يكون لأبيها ثم للجد ابو الأب وان علا ان عدم الأب أو عدم أهليته وقال : ان الولاية تثبت للجد بعد الأب لأن له ولاية وعصوبة كالأب ويزيد الجد عليه في صورة واحدة وهي تولى طرفي العقد وفي هذا اثبات ولاية الاجبار للأب ثم للجد بعده — المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٨٧ وما بعدها .

٨٧- وأما الحنفية فقد استندوا فى تعدى ولاية الانكاح جبرا لغير الأب والجد الى الكتاب والسنة والمعنى .

(١) أما الكتاب فهو قوله تعالى (وان خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء ...) الآيه (١) فقد منع الله تعالى من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن وهذا فرع جواز نكاح اليتيمة عند عدم الخوف .

ويصرح بجواز نكاحها قول عائشة رضى الله عنها أنها نزلت فى يتيمة تكون فى حجر وليها ويرغب فى مالها ولا يقسط فى صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن سنتهن فى الصداق .

وكذلك قوله تعالى (ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم فى الكتاب فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن) (٢)

فقد ذكرت عائشة رضي الله عنها أن هذه الآية نزلت فى اليتيمة تكون فى حجر وليها ولا يرغب فى زواجها لدمامتها ولا يزوجها من غيره كى لا يشاركه فى مالها فأنزل الله تعالى هذه الآية فهي أمر بتزويجهن من غيرهم أو بتزوجهن مع الاقساط وهذا لا يمكن أن يكون فى الأب أو الجد فلابد أن يكون الولي هنا غيرهما كابن العم وهذا يفيد أن للعصبة غير الأب والجد ولاية التزويج فليس اللوم واردا الا على عدم اعطاء الصغيرة مهر المثل .

---

(١) سورة النساء آية رقم (٣)
(٢) سورة " " (١٢٧)

(٢) وأما السنة فمنها ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم زوج بنت عمه حمزه من عمر ابن أبي سلمة وهي صغيرة وقال لها الخيار اذا بلغت وانما زوجها بالعصوبة لا بولاية ثبتت بالنبوة اذ لوكان تزويجه لها بالنبوة لما أثبت لها الخيار بالبلوغ فضلا عن أنه صلى الله عليه وسلم لم يزوج أحدا بالنبوة قط .(١)

---

(١) وفي الزيلعي ج ٢ ص ١٢١ ما نصه وزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أمامة بنت حمزه وهي صغيرة سلمة بن أبي سلمة وهي بنت عمه وقال لها الخيار اذا بلغت .

وجاء في فتح القدير ج ٢ ص ٤٠٦ ما نصه وزوج صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رضي الله عنه من عمر بن أبي سلمة وهي صغيرة وانما زوجها بالعصوبة لا بولاية ثبتت بالنبوه لأنه صلى الله عليه وسلم لم يزوج بها قط .

ويؤيد ماقاله الزيلعي ما ذكره الحافظ في الاصابة في ترجمة أمامه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج أمامه بنت حمزة من سلمة بن أم سلمة وقال حين زوجها منه : هل جزيت سلمة وذلك أن سلمة هو الذى كان زوج أم سلمة من رسول الله صلى الله عليه وسلم انظر الاصابة ج ٤ ص ٢٣٦ .

وقال في ترجمة سلمة بن ابى سلمة نقلا عن ابن اسحاق أنه قال : حدثني من لا أتهم عن عبدالله بن شداد قال كان الذى زوج أم سلمة من النبي صلى الله عليه وسلم سلمة بن أبى سلمة ابنها فزوجه النبى صلى الله عليه وسلم أمامة بنت حمزة وهما صبيان صغيران فلم يجتمعا حتى ماتا وقال النبي صلى الله عليه وسلم هل جزيت سلمة ثم قال الحافظ عقب هذا النص قال البلاذرى : ويقال ان الذى زوجه اياها ابنها عمر والأول أثبت انظر الاصابة ج ٢ ص ٦٦ الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨ مطبعة السعادة .

فعلى ذلك تكون رواية فتح القدير مرجوحة .

ومن السنة أيضا حديث (الانكاح الى العصبات) (١) وقد روى عن علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا فان لفظ العصبات كما يتناول الأب والجد يتناول غيرهما من بقية العصبات وكذلك لفظ الانكاح يشمل انكاح الصغيرين.

(٣) وأما من حيث المعنى فان الحاجة الى الكفء ثابتة لأن مقاصد النكاح انما تتم معه ولما كان الشأن فيه أن يظفر به فى وقت دون وقت وكانت الولاية لعلة الحاجة فيجب اثباتها احرازا لهذه المصلحة مع أن أصل القرابة داعية الى الشفقة غير أن فى هذه القرابة قصورا ولهذا أثبتنا لها الخيار اذا بلغت .

٨٨- وقالوا ردا على أدلة الشافعية انه يجب أن يحمل ما استندوا اليه على محل يتلائم مع ما ذهبنا اليه دفعا للتعارض فيجب كون المراد باليتيمة فى حديث (لاتنكح اليتيمة حتى تستأمر) (٢) اليتيمة البالغة مجازا باعتبار ما كان فليس بدعا أن ترد اليتيمة فى السنة مرادا بها البالغة فقد ورد فى القرآن الكريم قوله تعالى (وآتوا اليتامى أموالهم) (٣) والمراد البلغ والدليل عليه أن الرسول صلى الله عليه وسلم غيا المنع بالاستئمار والتى تستأمر هي البالغة دون الصغيرة .

---

(١) انظر نصب الراية ج ٣ ص ١٩٥ وقد ورد الحديث المذكور فى هذا المصدر وعبارته قال عليه السلام " النكاح الى العصبات " قلت .. وقد علق على ذلك صاحب بغية الألمعى فى تخريج الزيلعى بقوله (هنا بياض فى الأصل الذى بيدنا وفى نسخة الدار أيضا) المجنورى .

(٢) سبق تخريجه فى ص ١٠٨ . (٣) سورة النساء آية رقم (٢)

وأما حديث قدامة فتأويله أنها بلغت فخيرها الرسول صلى الله عليه وسلم فاختارت نفسها بالفسخ ألا ترى الى ما روى عن ابن عمر أنه قال : والله لقد انتزعت مني بعد أن ملكتها - والانتزاع بعد الملك انما يتأتى اذا ما صح النكاح وكان نافذا .

وأما قياسهم النفس على المال حتى منعوا ولاية غير الأب والجد فقياس مع الفارق فان الولاية فى المال ان أريد بها ولاية الالزام فلا يتأتى اثباتها لأنها تستدعي وفور الشفقة وهو منتف اذ المفروض أن غير الأب والجد قاصر الشفقة وان أريد بها غير الملزمة فلا يتأتي اثباتها أيضا لأن شرط ثبوتها تحقق الفائدة معها وهي تدارك الخلل وهو فى المال غير ممكن لتداول الأيدى عليه أو نسيانه أو الهلاك فى العوض الى غير ذلك .

وأيضا فالمال تجرى فيه جنايات خفية وهذا الولي قاصر الشفقة والمال بطبعه محبوب مرغوب فيه فربما يحمله ذلك على ترك النظر والاهمال فيه ولا يظهر لنا لخفاء الجناية بخلاف النفس فان الجناية انما تكون من حيث التقصير فى المهر والكفاءة وذلك ظاهر يوقف عليه ان فعله الولي يرد عليه تصرفه ويقع باطلا كما أنه لاحاجة الى اثبات الولاية فى المال الى هؤلاء فان الوصي يتصرف فى المال والأب متمكن من تنصيب الوصي وباعتباره تنعدم حاجة الصغير لكن التصرف فى النفس لا يحتمل الايصاء الى الغير فلهذا يثبت للأولياء بطريق قيامهم مقام الآباء (١)

---

(١) انظر فيما ذكر فى الصلب : فتح القدير ج ٢ ص ٤٠٥ وما بعدها -

٨٩ — والأحناف فيما بينهم مختلفون في ولاية ذوي الأرحام ، فالامام محمد صاحب أبي حنيفه يقول عند عدم العصبة أو عدم استيفائهم الشروط الشرعيــة ان ولاية الاجبار لا تكون لغيرهم من الأقارب بــل

الزيلعي ج ٢ ص ١٢١ ، ١٢٢ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٥٤ وما بعدها المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٨٧ وما بعدها وما جاء فيه قوله : وقــــال الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاووس وقتادة وابن شبرمة والأوزاعــي وأبو حنيفة : لغير الأب تزويج الصغيره ولها الخيار اذا بلغت .

وقال هؤلاء غير أبي حنيفه اذا زوج الصغيرين غير الأب فلهما الخيــــار اذا بلغا. قال أبو الخطاب وقد نقل عبد الله عن أبيه كقول أبي حنيفــه لأن الله تعالى قال (وان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طــاب لكم من النساء) النساء آيـه (٣) فمفهومه انه اذا لم يخف فله تزويــج اليتيمة واليتيم من لم يبلغ لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا يتم بعــد احتلام) قال عروه سألت عائشه عن قول الله تعالى (وان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى) فقالت يا ابن أختي هـذه اليتيمة تكون في حجر وليهــا ويشركها في مالها ويعجبه مالها وجمالها فيريـد أن يتزوجها بغيــر أن يقسط في صداقها فيعطيها مثلما يعطيها غيره فنهوا عن نكاحهن الا أن يقسطوا فيهن ويبلغوا على سنتهن في الصداق . متفـق عليــه .

ولأنه ولي في النكاح فملك التزويـج كالأب .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (تستأمر اليتيمـة في نفسهــا وان سكتت فهو اذنها وان أبت فلا جواز عليها) رواه ابو داود والنسائــي وروى عن ابن عمر أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان فرفــع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : (انها يتيمه ولا تنكح الا باذنها) واليتيمه الصغيرة التي مات أبوها ولأن غير الأب قاصر الشفقه فلا يلي نكــاح الصغيره كالأجنبي وغير الجد لا يلي مالها فلا يستبد بنكاحها كالأجنبــي ولأن الجد يلي بولاية غيره فأشبه سائر العصبات وفارق الأب فانه يدلــي بغير واسطة ويسقط الاخوة والجد ويحجب الأم عن ثلث المال الى ثلث الباقــي في زوج وأبوين أو زوجه وأبوين والآيه محمولة على البالغة بدليل قول الله تعالــى

=

تنتقل الى السلطان لأنه ولي من لا ولي له وتكون ولاية التزويج للقاضي هنا اذا شرط السلطان ذلك في عهده ومنشوره (يعني المرسوم الذى عين به القاضي) .

وهذا الرأى يستند على قول الرسول صلى الله عليه وسلم (الانكاح الى العصبات) فقد جعل جنس الانكاح لجنس العصبات وليس وراء الجنس شيء فضلا عن أن العصبة يعيرون بعدم الكفاءة فيكون ذلك باعثا لهم على صيانة القريب عن غير الكفء ولا يتحقق ذلك من ذوى الأرحام وان كانوا ذكورا لأنهم من قبيلة أخرى فلا يلحقهم العار بذلك .

والامام أبوحنيفه يقول انه اذا لم يوجد أحد من العصبات فان الولاية تنتقل الى الأقارب غير العصبات على حسب قوة قرابتهم وشفقتهم فتقدم الأم ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الجد أبو الأم ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأب ثم الاخوة والأخوات لأم ثم أولاد هؤلاء على الترتيب السابق ثم لباقى ذوى الأرحام العمات مطلقا والأعمام لأم ثم للأخوال والخالات ثم لأولادهم .

وقد استدل الامام أبوحنيفه على رأيه بأن الولاية هنا ولاية نظر للمولى عليه وهذا يحصل بالشفقة الباعثة عليه وهي موجودة في الأم وغيرها من الأقارب الا أن أقارب الأب يقدمون باعتبار

— (لا تؤتونهن ما كتب لهن) النساء آيه (١٢٧) وانما يدفع الى الكبيرة أو تحملها على بنت تسع .

العصوبة وهذا لا ينفى ثبوتها للأم وغيرها من الأقارب عند عـــدم العصبات فهم أولى بها من السلطان لصلة القرابة الشفيقه .

وبعد ذوى الأرحام تكون ولاية التزويج للحاكم لأنه نائب السلطان وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم " السلطان ولى من لا ولى له ".[1] والقاضي ليس له أن يزوج الصغار الا اذا خول ذلك فى مرسوم تعيينه كما تقدم البيان .[2]

---

(١) أخرجه أبو داود فى سننه فى كتاب النكاح باب فى الولي انظر مختصر ابى داود مع المعالم والتهذيب ج ٣ ص ٢٦ ، ٢٧ واخرجه الترمذى فى جامعه فى كتاب النكاح باب ما جاء لا نكاح الا بولى وقال عقبه هذا حديث حسن انظر تحفة الأحوذى ص ٢٢٧ — ٢٢٨ بلفظ (لا نكاح الا بولي والسلطان ولى من لا ولى له) . وأخرجه ابن ماجه فى كتاب النكاح باب لا نكاح الا بولي ج ١ ص ٦٠٥ وانظر فتح البارى ج ٩ ص ١٩١ .

(٢) الزيلعى ج ٢ ص ١٢٦ وفيه أن أبا يوسف مع أبى حنيفه فى أكثر الروايات وأن الكرخي ذكره مع محمد وان الروايات الأولى أصح — ومثله ابن عابدين ج ٢ ص ٣٣٩ — بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٤٠ وما بعدها — الأحوال الشخصية للدكتور عبد العزيز عامر ص ٧٥ وما بعدها .

(المطلـــب الثانـــى)

" هل تستفـــاد الولايـــة بالوصيـــة "

٩٠- سبق لنا أن ذكرنا فى معرض الكلام عن من له ولاية الاجبـــار أن البعـــض يقولون بأن ولايـــة الاجبار قد تكون بالوصيـــة.

والمقام هنا يتطلب الكلام عن ذلـك بشىء من التفصيل فـــى مختلـف مذاهـب الفقـه.

٩١- فعند المالكيـه تثبت ولايـة الاجبار عند عدم الأب لوصيـــه فيما للأب فيه جبـر ومحلـه ان عين له الأب الزوج فله جبر من هـــى فى وصايته عليه فقط دون غيره ان بذل مهر المثل بخلاف الأب لـه جبرها مطلقا.

وله الجبر كذلـك ان أمره الأب به بأن قال اجبرها اومافى معناه. وله ضمنا كما لو قال له زوجها قبل البلوغ وبعده أوعلى أى حالة شئت. كما له ذلك أيضا ان أمره بالنكاح ولم يعين له الزوج ولا الاجبـــار بأن قال له زوجها أوأنكحها ممن احببت أولمن ترضاه.

ثم شبه فى الجبر قوله كأنت وصيى عليها أى على بنتى أو بناتـــى أوعلى بضعها أو بضعهن فله على الأرجح الجبر عند بعضهـــم وقال البعـــض ان النقل يفيد أرجحيـة عدم الجبر لقول أبى الحســن بخلاف وصيى فقط أووصيى على بضع بناتى أوعلى تزويجهـــن فلا جبـــر والقياس أنه لا يزوجها الا بعد البلوغ وقال غيره له الجبـــر (١).

(١) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٤ وما بعدها وقد جاء فيه كذلك أن الوصي -

والذى يستفاد مما ذكر أنه عند المالكية تكون ولاية الاجبار بعد الأب لوصيه على التفصيل المحكى آنفا وهذا التفصيل مثبت لوصى الأب ولاية الاجبار بعده من حيث المبدأ •

٩٢- وعند الحنابلة جاء فى المغنى أن الرواية اختلفت عن أحمد هل تستفاد الولاية فى النكاح بالوصية •

فروى أنها تستفاد بها وهو اختيار الخرقى وقول الحسن وحماد بن أبى سليمان وهو قول مالك ايضا •

وروى عنه أن ولاية التزويج لاتستفاد بالوصية وبه قال الثورى والشعبى والنخعى وأبو حنيفه والشافعى وابن المنذر وغيرهم •

— فى الثيب البالغة اذا أمره الأب بتزويجها أو قال له أنت وصيى على انكاحها فهو كأب مرتبته بعد الابن ولا جبر فان زوجها مع وجود الابن جاز على الابن وان زوجها الأخ برضاها جاز على الوصى لصحة عقد الأبعد مع وجود الأقرب •

ثم قال انه بعد السيد والأب ووصيه فى البكر والصغيرة والمجنونة لا جبر لأحد من الأولياء على أنثى صغيره أو كبيره •

ثم قال : والا بأن كان الولي مجبرا كسيد وكأب أو وصيه فى بكر أو صغيرة أو مجنونة فلا يصح النكاح بالأبعد مع وجوده فى شريفة ولا دنيئة وفسخ أبدا متى اضطلع عليه ولو بعد مائة سنه •

وانظر كذلك مقدمة ابن رشد ج ٢ ص ٤٧ •

وسند هذه الرواية أنها ولاية تنتقل الى غيره شرعا فلم يجز أن يوصي بها كالحضانة ثم انه لا ضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها فلم تثبت له الولاية كالأجنبي ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم .

وقال أبو عبد الله بن حامد : ان كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقه بوصيته وان لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك .

وقد استدل للجواز بالقول انها ولاية ثابتة للأب فجازت وصيته بها كولاية المال ولأنه يجوز أن يستنيب فيها في حياته فيكون نائبه قائما مقامه فجاز أن يستنيب فيها بعد موته كولاية المال .

وما ذكروه يبطل بولاية المال فعلى هذا لا يصير وصيا في النكاح بالوصية اليه في المال لأنها احدى الولايتين فلم يملكها بالوصية كالوصية الأخرى قياسا على وصية المال لا تملك بالوصية في النكاح .

ثم قال في المغني فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبرا كالأب أو غير مجبر كغيره ووصي كل ولي يقوم مقامه فان كان الولي له الاجبار فكذلك وصيه وان كان يحتاج الى اذنها فوصيه كذلك لأنه يقوم مقامه فهو كالوكيل .(١)

---

(١) المغني لابن قدامة ج ٦ ص٤٦٣ ، ٤٦٤ وقد حكي كذلك قول مالك، ان عين الأب الزوج وكانت ابنته كبيرة صحت الوصية واعتبر اذنها وان كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فاذا أذنت جاز أن يزوجها باذنها وقد رد صاحب —

والذى يستفاد مما نقلنا عن مذهب الحنابلة أن فيه روايتين عن أحمد رضي الله عنه أولاهما لاتجوز الوصية فى التزويج والثانيه تجيزها ولكل حجته والذى يظهر من استعراض الحجج أن الرواية المجيزة للوصية بالنكاح هى الأقوى حجة .

وفى المذهب أيضا قول بالتفرقة بين أن تكون للمولى عليها عصبة أولا تكون فان كانت الأولى لم تجز الوصية بنكاحها لأن الموصى يسقط حقه بوصيته وان كانت الثانية جاز لعدم ذلك وليس لهذا الرأى أرجل قوية يقف عليها .

— المغني على هذا الكلام بأن من ملك التزويج اذا عين الزوج ملك مع الاطلاق كالوكيل ومتى زوج وكيل الأب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها لأن الوصي قائم مقام الموصي فلم يثبت فى تزويجه خيار كالوكيل .

وانظر كذلك الاقناع ج ٣ ص ١٧٤ ، ١٧٥ ومما جاء فيه قوله : ووصي كل واحد من الأولياء فى النكاح بمنزلته فتستفاد ولاية النكاح بالوصية اذا نص له على التزويج مجبرا كان الولي كأب أوغير مجبر كأخ . قال ابن عقيل : صفة الايصاء أن يقول الأب لمن اختاره أوصيت اليك بنكاح بناتى أوجعلتك وصيا فى نكاح بناتي . كما يقول فى المال : وصيت اليك بالنظر فى أحوال اولادى فيقوم الوصي مقامه مقدما على من يقدم عليه الموصي فان كان الولي له الاجبار فذلك لوصيه فيجبر من يجبره من ذكر وأنثى وان كان يحتاج الى اذنها فوصيه كذلك ولا خيار لمن زوجه اذا بلغ .

واما الوصي فى المال فيملك تزويج أمة من يملك النظر في ماله نصا وكذا من لم يثبت له الولاية كالعبد والفاسق والصبي المميز لايصح أن يوكله الولي فى تزويج موليته فان وكله الزوج في قبول النكاح أو وكله الأب فى قبوله كابنه الصغير صح .

٩٣ - ولدى الشافعية جاء فى مغنى المحتاج قوله : انه لا يجوز الايصاء بتزويج طفل وبنت مع وجود الجد وعدمه وعدم الأولياء .

واحتج البيهقى له بحديث (السلطان ولى من لا ولى له)[1]

ولأن الوصي لا يعير بدخول الدنئ فى نسبهم ولأن البالغين لا وصاية فى حقهم والصغير والصغيرة لا يزوجهما غير الأب والجد .[2]

والذى يستفاد من هذا النص أن المعتمد لدى الشافعية هو عدم جواز الايصاء بالتزويج لحجج منها أن الوصي لا يعير بدخول الدنئ فى نسب من فى وصايته .

٩٤- ولدى الظاهرية جاء فى المحلى فى موضوع الوصية بالتزويج قوله: ومن أوصى اذا مات أن تزوج ابنته البكر الصغيرة أو البالغ فهى وصية فاسدة لا يجوز انفاذها .

برهان ذلك أن الصغيرة اذا مات أبوها صارت يتيمة وقد جاء النص بأن لا تنكح اليتيمة حتى تستأذن .

وأما الكبيرة فليس لأبيها أن يزوجها فى حياته بغير اذنها فكيف بعد موته وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله : (اذا مات أحدكم انقطع عمله الا من ثلاث ....) الحديث[3]

وليس من تلك الثلاث .[4]

---

(١) سبق تخريجه فى ص: ٢٣

(٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص٧٦ ، ٧٧ ومما جاء فيه أيضا قوله نعم ان بلغ الصبي واستمر نظر الوصي لسفه اعتبر اذنه فى نكاحه.
وقال الزركشى ولا يبعد صحة الايصاء به فى هذه الحالة .

(٣) اخرجه مسلم فى صحيحه فى كتاب الوصايا باب ما يلحق الانسان من الثواب بعد وفاته صحيح مسلم بشرح النووى ج ١١ ص ٨٥.

(٤) المحلى لابن حزم ج ٦ ص٤٦٤

٩٥ — ولدى الشيعة الامامية جاء في شرائع الاسلام قوله أنه لا ولاية للوصي وان نص له الموصي على النكاح على الأظهر ثم قال ان للوصي أن يزوج من بلغ فاسد العقل اذا كان به ضرورة الى النكاح (١) .

والذي يظهر لي من ذلك أن الامامية لا يجيزون ولاية النكاح للوصي على الأظهر غير أنهم يقولون ان للوصي تزويج من بلغ فاسد العقل اذا كان به ضرورة الى النكاح وهم في هذا الحكم الأخير يشبهون قولا لدى الشافعية في هذه الخصوصية على ما جاء في مغني المحتاج وقد مر ذكره .

فقد ذكر في هذا السبيل أن الصبي اذا بلغ واستمر نظر الوصي لسفه اعتبر اذنه في نكاح وقد حكينا قول الزركشي أنه لا يبعد صحة الايصاء به في هذه الحالة .

٩٦ — ولدى الحنفيه في الأمر تفصيل :

فظاهر المذهب على أن الوصي ليس وليا في النكاح عند الحنفية سواء أوصى اليه الأب بذلك أو لم يوص .

وروى هشام في نوادره عن أبي حنيفه أن الوصي يملك التزويج ان أوصى اليه الأب بذلك .

وعن ابن أبي ليلى أن للوصي ولاية التزويج مطلقا سواء أوصى اليه الأب أو لم يوص اليه .

---

(١) انظر شرائع الاسلام ج ٢ ص ٢٧٦ ، ٢٧٧ طبعة مطبعة الآداب بالنجف الأشرف .

وقد احتج لهذا الرأى بأن وصى الأب يقوم مقامه فيما يرجع النظر فيه للمولى عليه ولهذا تام مقامه فى التصرف فى المال فكذا فى النفس .

ورواية هشام استند فيها الى أن الأب فى حال ايصائه بالتزويج قد أقام الوصى مقامه فى هذا التصرف فيكون للوصى أن يزوج تماما كما لو كان وكله بذلك فى حياته، أما اذا لم يوص اليه بالتزويج فانه لا يملك ذلك لأن الأب لم يقمه مقامه فى النفس وان أقامه مقامه فى المال .

أما دليل عدم جواز أن يكون الوصى وليا فى النكاح فخلاصة ماقيل فيه الآتى :

(١) قالوا ان عدم الجواز ثابت من جهة النقل ومنه قوله صلى الله عليه وسلم (لا نكاح الا بولى)[1] وقوله (الانكاح الى العصبات)[2]

وظاهر من هذين النصين أن ما نفاه فى الحديث الأول قد أثبته مقصورا على العصبات فى الحديث الثانى والوصى من حيث هو وصى أجنبى وليس من العصبات فلا تثبت له ولاية الانكاح .

(٢) وقالوا أيضا ان هذا الأمر ثابت من جهة المعنى فان السبب فى ثبوت ولاية الانكاح هنا انما هو القرابة لا الوصاية والدليل

---

(١) سبق تخريجه فى ص ٣٤

(٢) سبق [illegible]

على ذلك أنه لو كان الوصي بالمال والتزويج أخا شقيقا وأوصاه بالنكاح الأب ثم زوج الأخ بعد وفاة الأب أخاه الصغير أو أخته الصغيرة فانه يثبت لهما اذا أدركا خيار البلوغ وان حصل التزويج ممن له ولاية المال والنفس وما ذلك الا لأن هذه الولاية قد ثبتت له بالقرابة لا بالوصاية وأنه لا تأثير للوصاية في ثبوتها فكان الايصاء به كعدمه بالنسبة لولاية النكاح .

ثم ان هذه الولاية مستحقة بالميراث وليس الوصي من حيث هو وصي من أهل الميراث فلا تثبت له .

أما قياس التصرف في النفس بعد الموت على التصرف في المال بعد الموت فهو قياس مع الفارق فان المال يصح فيه النقل ولا كذلك النكاح ثم ان الوصي انما ملك التصرف في المال وهو أدنى من النفس ولا يلزم من ملكه الأدنى أن يملك الأعلى .

وأما قياس الوصي على الوكيل في حياة الأب فهو قياس فاسد كذلك لأن الوكيل يتصرف بأمر الموكل وأمره باق لجواز تصرفه على حين أن أمر الميت منقطع فيما لا يصح فيه النقل وهو النكاح فلذلك اختلفا .

وأما رواية هشام عن أبي حنيفه فهي تخالف ظاهر الرواية عنه وقال عنها الفقهاء انها ضعيفة فقد نقل صاحب البحر الرائق ذلك عنه ثم قال : واستثنى في الفتح ما اذا كان الموصي عين رجلا في حياته للتزويج فيزوجها الوصي كما لو وكل في حياته بتزويجها

ثم عقب على هذا الاستثناء المنقول ، عن الفتح بأن فيه نظرا لأنه ان زوجها من المعين فى حياة الموصى فليس الكلام فيه لأنه ليس بوصى فى هذه الحالة ولكنه وكيل وان زوجها بعد موت الموصى فقد بطلت الوكالة بموته وانقطعت ولايته فانتقلت الى الحاكم عند عدم القريب (١) .

٩٧— والذى يمكن استخلاصه مما ذكرنا عن ثبوت ولاية النكاح بالوصية وعدم ثبوتها بها أن الرأى قد اختلف فى ذلك لدى الفقهاء على أقوال أهمها وأعمها قولان :

قول يثبت الولاية فى التزويج للوصى وعلى هذا الرأى المالكية ، وبه قال أيضا الحسن وحماد بن أبى سليمان وهو رواية عن أحمد وهو كذلك رواية هشام فى نوادره عن أبى حنيفة كما أنه روى عن ابن أبى ليلى .

وقول لا يثبت ولاية النكاح بالوصية فلا تستفاد هذه الولاية بها وعلى هذا الرأى الشافعى وهو ظاهر مذهب أبى حنيفة ورواية عن أحمد وبه قال : الثورى والشعبى والنخعى وهو مذهب الظاهرية والأظهر لدى الشيعة الامامية .

٩٨— وقد استند كل فريق على حجج خلاصتها :

قال المجيزون لولاية التزويج بالوصية ان ولاية الانكاح ثابتة للأب فجازت وصيته بها كولاية المال وأنه يجوز أن يستنيب فيها

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤١٤ — بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٤٥ —حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٧٩ .

في حياته فيكون نائبه قائما مقامه فجاز أن يستلب فيها بعد موته كولاية المال .

وقالوا ان وصي الأب يقوم مقامه فيما يرجع النظر فيه للمولى عليه ولهذا قام مقامه في التصرف في المال فكذا في النفس .

ثم قالوا ان الأب في حال ايصائه بالتزويج قد أقام الوصي مقامه في هذا التصرف فيكون للوصي أن يزوج تماما كما لو كان وكله بذلك في حياته .

٩٩ — وقال من منعوا الوصية بالتزويج .

ان ولاية التزويج تنتقل الى غير الأب شرعا فلم يجز أن يوصي بها كالحضانة ثم ان السلطان ولي من لا ولي له كما جاء في الحديث الشريف .

واستدلوا أيضا بحديث (لا نكاح الا بولي)(١) وحديث (الانكاح الى العصبات)(٢) والوصي من حيث هو وصي أجنبي فلا تثبت له ولاية الانكاح لأن سبب ثبوت هذه الولاية هو القرابة لا الوصاية .

ثم هذه الولاية مستحقة بالميراث وليس الوصي من حيث هو وصي من أهل الميراث فلا تثبت له .

وقالوا انه لا ضرر على الوصي من تضييق المولى عليها وضعها عند من لا يكافئها فهو لا يعير بدخول الدنيء في نسبهم فلم تثبت

---

(١) سبق تخريجه في ص ٣٤٩
(٢) سبق الكلام عليه في ص ١١٢٤

له ولاية النكاح كالأجنبي ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم • وقد أضاف ابن حزم قوله ان الصغيرة اذا مات أبوها صارت يتيمة وقد جاء النص بأن لاتنكح اليتيمة حتى تستأذن وأما الكبيرة فليس لأبيها أن يزوجها في حياته بغير اذنها فكيف بعد موته وقد جاء في الحديث قول الرسول صلى الله عليه وسلم (اذا مات أحدكم انقطع عمله الا من ثلاث[1] ...) وليست هذه المسألة داخلة في تلك الثلاث •

وقال الأحناف المانعون للوصية بالنكاح ان قياس التصرف في النفس بعد الموت على التصرف في المال بعد الموت قياس مع الفارق اذ المال يصح فيه النقل ولا كذلك النكاح ثم ان الوصي انما ملك التصرف في المال وهو أدنى من النفس ولا يلزم من ملكه الأدنى أن يملك الأعلى •

وقالوا كذلك ان قياس الوصي على الوكيل في حياة الأب قياس فاسد لأن الوكيل يتصرف بأمر الموكل وأمره باق لجواز تصرفه على حين أن أمر الميت منقطع فيما لا يصح فيه النقل وهو النكاح فلذلك اختلفا •

١٠٠ — مناقشة الأدلة والترجيح

واني أرى منع الوصية بالنكاح للحجج التي ساقها أصحاب هذا الرأي فضلا عن الآتي : —

---

(١) سبق تخريجه في ص ١٢١

(١) الشارع رتب مستحق ولاية النكاح من الأقارب وبعد الأب تنتقل هذه الولاية الى غيره من الأقارب شرعا على ما هو مذكور فى ترتيب الأولياء فى التزويج واذا أجزنا الوصية بالتزويج فان الولاية بعد الأب تكون للموصى له بالتزويج فلاتنتقل الى المستحق شرعا للولاية فى التزويج وهذا يشكل اعتداء على حق المستحق من الأقارب بعد الأب لهذه الولاية .

(٢) وحديث (الانكاح الى العصبات) (١) أثبت الانكاح لهم بالقرابة والوصي بالنكاح بصفته هذه ليس قريبا بل هو أجنبى فلا تثبت له بهذه المثابة ولاية النكاح .

(٣) أما قول المجيزين لثبوت ولاية النكاح بالوصية ان الأب من شأنه أن يحسن اختيار الوصى وأن من شأن مثل هذا الوصى أن يتحرى فى التزويج مصلحة المولى عليه ومن ذلك أن لا يزوج لمن يلحق بأهله العار بنسبهم — أقول لا يقال ذلك لأن الشأن فى الوصى غير القريب أن لا يكون اختياره كاختيار الأب أو العاصب المستحق للولاية من بعده واذا وجد من الأوصياء من يكون اختياره كاختيار الأب أو العاصب أو قريبا منهما فهو قليل مخالف للمفروض فى الوصى بصفة كونه ليس من أسرة المولى عليه.

(٤) أما قول المجيزين بأن ولاية الانكاح ثابتة للأب فجازت وصيته بها كولاية المال وأنه يجوز له أن يستنيب فيها فى

---

(١) سبق الكلام عليه فى ص : ١١٢

حياته فيكون نائبه قائما مقامه فجاز أن يستنيب فيها بعد موته كولاية المال — فيرد عليه بأن ولاية الانكاح ثابتة للأب في حياته لا بعد موته والوصية بها لشخص أنما يسري مفعولها بعد موت الأب بينما تكون قد انتقلت لغيره شرعا .

(٥) ثم ان كون الأب يمكنه الاستنابة فيها في حياته لا يلزم منه جواز الاستنابة فيها بعد موته لأن الوكيل يتصرف بأمر الموكل وأمره باق لجواز تصرفه لكن أمر الميت منقطع .

(٦) وقياسهم ولاية النفس على ولاية المال فيما ذكر قياس مع الفارق لأن المال دون النفس ومن ثم لا يقاس الأعلى بالأدنى .

———

(الفصل الثاني)

" ترتيب الأولياء وما يتعلق بذلك "

(المبحث الأول)

" ترتيب الأولياء "

(المطلب الأول)

" ترتيب الأولياء عند الأحناف "

١٠١— العصبات فى ولاية النكاح :

العصبة فى الميراث نسبية آتية من جهة القرابة وسببية آتية من جهة العتق .

والعصبة النسبية أقسام ثلاثة : عصبة بالنفس كالابن والأب وعصبة بالغير كالبنت تصبح عصبة بالابن وعصبة مع الغير كالأخوات مع البنات .

والمقصود بالعصبة فى باب ولاية النكاح العصبة بالنفس من الأقارب ذلك بأن هذا الصنف هو العصبة حقيقة وبه تكون القوة والتناصر .

والعاصب النسبى بالنفس هو كل قريب ذكر ينتسب الى الشخص انتسابا لا تنفرد بالتوسط بينهما فيه أنثى .

وترتيب العصبات بالنفس هنا كترتيبهم فى الميراث والأبعد أجنبى مع وجود الأقرب .

والعصبة بالنفس جهات أربع :

(١) البنوة : وتشمل الابن وابن الابن وان سفل وهذا بالطبع في ولاية التزويج لا يتصور في الصغار ويظهر في المعتوه والمعتوهة والمجنون والمجنونة .

(٢) الأبوة : وتشمل الأب وأب الأب وان علا .

(٣) الأخوة : وتشمل الأخ لأب وأم والأخ لأب وأبناء كل وان سفلوا .

(٤) العمومة : وتشمل أعمام الشخص عدا عمه لأمه وأعمام أبيه كذلك وأعمام جده الصحيح كذلك وأبناء هؤلاء وان نزلوا .

فاذا وجد لفاقد الأهلية أو ناقصها واحد فقط من هؤلاء المذكورين في الجهات الأربع وتوافرت فيه شروط الولاية فان ولاية التزويج تكون له .

واذا تعدد الأولياء فيقدم فيما ذكر من كان في جهة البنوة عن من كان في جهة الأبوة ويقدم هذا عن الذى في جهة الأخوة وهذا عن الذى في جهة العمومة .

واذا اتحد الأولياء في الجهة يكون التقديم في الدرجة فيقدم على سبيل المثال الابن على ابن الابن لقربه للمولى عليه درجة ومثل هذا يقال في الأب وأبي الأب وفي الأخ وابن الأخ وهكذا .

واذا اتحدت الجهة واتحدت الدرجة فان التقديم يكون بقوة القرابة فيقدم من كان لأبوين على من كان لأب فقط لقوة

قرابة الأول للمولى عليه عن الثاني وعلى سبيل المثال العم الشقيق مقدم على العم لأب .

واذا اجتمع في الأولياء المتعددين الاتحاد في الجهة وفي الدرجة وفي قوة القرابة فانهم جميعا يكونون متساوين في ثبوت الولاية فلكل منهم ولاية كاملة على المولى عليها .

وبناء على ذلك فاذا استقل أحدهم بتزويج المولى عليه فان الزواج صحيح مادام قد استوفى جميع شروطه الشرعية ولا يتوقف على اجازة ممن لم يزوج من الأولياء . واذا زوج ولي منهم ثم زوج غيره فان العقد الأول هو الصحيح والعقد الثاني هو الباطل فان لم يعرف أيهما الذى تقدم فانهما يبطلان معا لعدم امكان ترجيح أيهما على الآخر .

١٠٢ـ هذا ويلاحظ أن ما ذكر هو ترتيب العصبات في الارث وقد جرى خلاف في بعض المسائل في الولاية .

١٠٣ـ ومن هذا الخلاف أن الأب والابن اذا اجتمعا في المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة فان التقدم عند الامام أبي حنيفه وأبي يوسف في الولاية هنا يكون للابن وعند محمد الأب أولى .

ومما احتج به محمد أن هذه الولاية ولاية نظر للمولى عليه والأب أشفق عليه ولهذا كان هو أولى بالتصرف في ماله فضلا عن أن الأب من قوم المولى عليه والابن ليس منهم .

ووجه قول الشيخين أن هذه الولاية مبنية على التعصيب والابن أقوى عصوبة من الأب ولذلك فان الأب والابن اذا اجتمعا

انفرد الابن بالأخذ بالعصوبة واستحق الأب فى الميراث السدس بالفريضة ولذلك كان الابن أولى •

وسند بناء الولاية على العصوبة قوله صلى الله عليه وسلم " الانكاح الى العصبات "(١) وقد ذكره الزيلعى فى تبيين الحقائق(٢) عن على موقوفا ومرفوعا وذكره سبط ابن الجوزى والسرخسي •

ولا يقال ان الأب أوفر شفقة من الابن اذ يرد عليه بأنه لا يعتبر بزيادة الشفقة فى الأب لأن المناط فى ولاية الانكاح ليس زيادة الشفقة دون النظر الى قوة العصوبة والا لما صح مع وجود العاصب البعيد منع أب الأم فانه أوفر شفقة وأبر بأولاد ابنته من سواه •

وروى عن أبى يوسف أيضا أنه قال أيهما زوج جاز وعلى هذا أنه اعتبرهما فى درجة واحدة هنا •

وجه هذه الرواية أنه وجد فى كل منهما سبب التقدم ، أما الأب فلأنه من قومها وأشفق عليها وأما الابن فلأنه يرثها بالتعصيب فأيهما زوج جاز •

---

(١) سبق الكلام عليه فى ص ١١٢ •
(٢) تبيين الحقائق شرح الكنز ج ٢ ص ١٢٢ •

وعند الاجتماع يقدم الأب تعظيما له واحتراما .

وقد قال الكاساني في البدائع ان الأفضل أن يفوض الابن الانكاح الى الأب احتراما له واحترازا عن موضع الخلاف .

١٠٤— ومما اختلف فيه أيضا في باب الولاية حالة وجود الجد مع الأخ .

فقد ذكر الكرخي أن تقديم الجد على الأخ هو قول الامام أبي حنيفة وعندهما يشتركان كما في الميراث لأن من أصلهما أن الأخ يزاحم الجد في العصوبة حتى أنهما يشتركان في الميراث فكذا في الولاية أما عند أبي حنيفة فالجد مقدم في العصوبة فكذلك في الولاية .

والأصح أن تقديم الجد على الأخ هو قولهم جميعا لأن معنى الشفقة معتبر في الولاية وشفقة الجد فوق شفقة الأخ ولهذا لا يثبت للصغيرين ومن في حكمهما الخيار عند البلوغ أو الافاقة في عقد الجد كما لا يثبت في عقد الأب بخلاف الأخ .

وأيضا يثبت للجد ولاية المال والنفس جميعا ولا يثبت ذلك للأخ .

كما أن حال الجد في الميراث أعلى من الأخ وأقوى حتى لا ينقص نصيبه عن السدس بحال .

ولهذا كله كان الجد في الولاية بمنزلة الأب فلا يزاحمه الأخ .

١٠٥- ومن أوجه الخلاف أيضا أنه اذا اجتمع وليان فى نفس المرتبة جهة ودرجة وقوة قرابة فقد قلنا ان الولاية تثبت لكل واحد منهما بتمامها وعلى هذا قول عامة العلماء ومنهم الأحناف لأن الولاية لا تتجزأ اذ هي تثبت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة مع أن الامام مالك قال : ليس لأحد الأولياء ولاية الانكاح مالم يجتمعوا لأن هذه الولاية ولاية شركة عندهم وسببها هو القرابة وهى مشتركة بينهما فكانت الولاية مشتركة لأن الحكم يثبت على وفق العلة (١) .

١٠٦- وما ذكر هو مسلك الأحناف فى ولاية العصبات وترتيبهم ومنه يتضح أنهم متفقون فى اثبات ولاية النكاح للعصبات كما أنهم متفقون فى الجملة فى ترتيب الأولياء من العصبة .

ولكنهم بعد اثبات الولاية للعصبات يختلفون فيما بينهم .

١٠٧- <u>ولاية ذوى الأرحام</u> :

قال الامام محمد صاحب الامام أبى حنيفه أنه اذا لم يكن هناك عصبة أو كان ولم يستوف الشروط الشرعية فان ولاية الاجبار لا تكون لغيرهم من الأقارب لكن تنتقل الى السلطان لأن السلطان ولى من

---

(١) راجع فى كل ما ذكر فى الصلب : بدائع الصنائع للكاسانى ج ٢ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ الطبعه الأولى سنة ١٣٢٧ هـ - تبيين الحقائق شرح الكنز للزيلعى ج ٢ ص ١٢١ وما بعدها - وكذلك حاشية الشلبي على هذا الشرح - الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهره ص ١٠٦ وما بعدها - الأحوال الشخصية قسم الزواج للدكتور عبد العزيز عامر ص ٧٤ وما بعدها طبعة جامعة بيروت العربية سنة ١٩٦١ بدار مكتبة منيمنة للطباعة والنشر

لا ولى لـه وتكون ولايـة التزويـج للقاضى هنا اذا شرط السلطان ذلك فى عهده ومنشوره (يعنى المرسوم الذى عين به القاضى)

وقد استدل الامام محمد على رأيـه بقول الرسول صلى اللـه عليه وسلم " الانكاح الى العصبـات "(١) فقد جعل جنس الانكاح لجنس العصبات وليس وراء الجنس شىء .

كما أن العصبـة يعيرون بعدم الكفاءة فيكون ذلك باعثا لهـم على صيانة القريب عن غير الكفا ولا يتحقق ذلك من ذوى الأرحـام وان كانوا ذكورا لأنهم من قبيلـة أخرى فلا يلحقهم العار بذلك .

والامام أبو حنيفـة يقول انه اذا لم يوجـد أحد من العصبـات فان الولايـة تنتقل الى الأقارب غير العصبات على حسب قوة قرابتهـم وشفقتهم :

فتقدم الأم ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابـن ثم بنت بنت البنت ثم الجد لأم ثم الأخـت لأب وأم ثم الأخـت لأب ثم الاخوة والأخوات لأم ثم أولاد هؤلاء على الترتيب السابـق ثم لباقى ذوى الأرحام : العمات مطلقا والأعمام لأم ثم للأخـوال والخالات ثم لأولادهم .

وقد استدل لرأى الامام أبى حنيفـة بأن الولايـة هنا ولايـة نظر للمولى عليـه وهذا يحصل بالشفقـة الباعثـه عليه وهي موجـودة فى الأم وغيرها من الأقارب الا أن أقارب الأب يقدمون باعتبـار

---

(١) سبق الكلام عنه فى ص : ١١٢

العصوبة وهذا لا ينفي ثبوتها للأم وغيرها من الأقارب عند عدم العصبات فهم أولى بها من السلطان لصلة القرابة الشفيقة .

ثم أستدل له كذلك بقوله تعالى (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين) (١) من غير فصل بين العصبات وغيرهم فتثبت ولاية الانكاح على العموم الا من خص بدليل .

ثم أيضا ولاية الانكاح مترتبة على استحقاق الميراث لاتحاد سبب ثبوتها وهي القرابة فكل من استحق من الميراث استحق الولاية . ألا ترى أن الأب اذا كان عبدا لا ولاية له لأن العبد لايرث أحدا ، وكذا اذا كان كافرا والمولى عليه مسلم لا ولاية له لأنه لا يرثه وكذا اذا كان مسلما والمولى عليه كافرا لا ولاية له لأنه لاميراث له منه . فثبت بذلك أن الولاية تدور مع استحقاق الميراث فكل قريب يرث يزوج ولا يلزم على هذه القاعدة أن المولى يزوج ولا يرث وكذا الامام لأن هذا عكس العلة لأن اطراد ما قلناه أن كل من يرث يزوج وهذا مطرد على أصل أبي حنيفة وعكسه أن كل من لا يرث لا يزوج والشرط في العلل الشرعية الاطراد دون الانعكاس لجواز اثبات الحكم الشرعي بعلل . ثم ما قيل منعكس أيضا ألا ترى أن للمولى الولاء في مملوكه وهو نوع ارثه وأما الامام فهو نائب عن جماعة المسلمين وهم يرثون من لا ولي لهم من جهة الملك والقرابة والولاء بدليل أن ميراثهم لبيت المال وبيت المال

---

(١) سورة النــور آيــة رقـم ٣٢

مال جماعة المسلمين فكانت الولاية لهم فى الحقيقة وانما الامام نائب عنهم فيزوجون ويرثون أيضا فاطرد هذا الأصل وانعكس .

وأما قول الامام على فى حديث " الانكاح الى العصبات[(١)] فالمراد منه حال وجود العصبة لاستحالة تفويض النكاح الى العصبة ولا عصبة ونحن به نقول ان النكاح الى العصبات حال وجود العصبة .

١٠٨— وبعد ذوى الأرحام تكون ولاية التزويج للحاكم لأنه نائب السلطان وذلك لحديث " السلطان ولى من لا ولى له[(٢)] والقاضي ليس له أن يزوج الصغار الا اذا خول ذلك فى مرسوم تعيينه كما تقدم البيان[(٣)] .

---

(١) سبق الكلام عنه فى ص ١١٢ .
(٢) سبق تخريجه فى ص ١١٦ .
(٣) البدائع ج ٢ ص ٢٣٧ وما بعدها وقد جاء فيه أن أبا يوسف مع محمد وأن عن أبي حنيفه روايتين فى الموضوع احداهما رواية الحسن عن أبي حنيفه فانه روى عنه قوله لا يزوج الصغيرة الا العصبة وروى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفه أن العصوبة ليست بشرط لثبوت أصل الولاية وانما هي شرط التقدم على قرابة الرحم — تبيين الحقائق للزيلعي ج ٢ ص ١٢٢ — ١٢٦ وفيه أن أبا يوسف مع أبي حنيفه فى اكثر الروايات وان الكرخي ذكره مع محمد وأن الروايات الأولى أصح — ومثله ابن عابدين ج ٢ ص ٣٣٩ — وراجع كذلك الأحوال الشخصيه لمحمد أبو زهرة ص ١١٠ ، ١١١ — الأحوال الشخصيه قسم الزواج للدكتور عبد العزيز عامر ص ٧٥ وما بعدها .

١٠٩— وخلاصة ما ذكر عن الولاية لدى الحنفية وترتيبهم أنهم جميعا يجعلون ولاية التزويج للعصبات بالنفس على ترتيب الميراث مع اختلافهم فى بعض جزئيات هذا الموضوع. ولكنهم بعد اثبات الولاية للعصبات يختلفون فيما بينهم :

فالامام محمد يقول عند عدم العصبة أن الولاية فى التزويج لا تكون لغيرهم من الأقارب بل تنتقل الى السلطان الذى تكون له الولاية بواسطة قاضيه اذا شرط ذلك فى عهده ومنشوره يعنى فى المرسوم أو أمر التعيين الخاص بالقاضي .

والامام أبو حنيفه يقول انه عند عدم العصبات تنتقل الولاية الى الأقارب غير العصبات على حسب قوة قرابتهم وشفقتهم فهو يثبت الولاية اذا لذوى الأرحام بعد العصبات .

أما أبو يوسف فقد جاء فى أكثر الروايات مع أبى حنيفة وذكره الكرخي مع محمد . وقد قال الزيلعي ان الروايات الأولى أصح .

—

(المطلب الثاني)

" ترتيب الأولياء عند المالكية "

١١٠ـ في المذهب المالكي في بيان الولي غير المجبر ومن هو أحق بالتقديم عند تعدد الأولياء . أن الأولى عند وجود متعدد من الأولياء تقديم ابن المرأة في العقد عليها برضاها فابنه على الأب ـ فلو عقد الأب مع وجود الابن أو ابنه جاز على الابن ولا ضرر .

وبعد الابن وابنه تأتي مرتبة الأب .

وبعد الأب يأتي الأخ لأب فابنه وان سفل .

ثم الجد لأب فان مرتبته تأتي بعد الأخ وابنه كالولاء والصلاة على الجنازة بخلاف الفرائض .

ثم تأتي مرتبة العم لأب فابنه فجد أب فعمه أي عم الأب فابنه .

والأولى تقديم الشقيق من كل صنف عن الذي للأب وكذلك الأفضل عند التساوي في الرتبة فان تنازع متساوون في الرتبة والفضل كاخوة كلهم علماء نظر الحاكم في من يقدمه ان كان ثمة حاكم، والا يكن قرع بينهما (١) ثم يأتي بعد من ذكروا كافل للمرأة غير عاصب

---

(١) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٦ وقد جاء فيه أنه يأتي بعد المذكورين في الصلب المولى الأعلى وهو من أعتق المرأة يلي مرتبة عصبة النسب فعصبته فمولاه وهو من أعتق معتقها وان علا فمولى أبيها كذلك فمولى جدها كذلك وان علا ولاحق للمولى الأسفل لأنها انما تستحق بالتعصيب . وقد آثرنا الاشارة الى من ذكر من الأولياء بالهامش لتعلق الأمر بالرق وقد زال .

والمقصود به القائم بتربيتها حتى بلغت عنده أو بلغت عشرا بشروطها ان كانت المكفولة دنيئة لا شريفة كما هو ظاهر المدونة والا فوليها الحاكم .

ثم بعد كافل المرأة يأتي الحاكم اذ هو يلي في الترتيب من ذكر من الأولياء .

فان لم يوجد أحد ممن ذكر من الأولياء فتكون الولاية عليها لعامة مسلم فهو يتولى عقد نكاحها . والمقصود بعامة مسلم أي رجل من عامة المسلمين ومن ذلك : الخال والجد من جهة الأم والأخ لأم فهم من أهل الولاية العامة باذنها ورضاها .

ويصح النكاح بالولاية العامة في امرأة دنيئة مع وجود ولي خاص كأب وابن عم لم يجبر لكونها بالغا ثيبا ، أو بكرا لا أب لها ولا وصي لها . ولا يفسخ العقد بحال طال زمنه أو قصر دخل بها الزوج أو لم يدخل لكونها لدناءتها وعدم الالتفات اليها لا يلحقها بذلك معرة (1) .

---

(1) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٦ وما بعدها . وقد جاء فيه عن مدة الكفالة : أن يكفل الشخص المطلوب زواجها زمنا تحصل فيه الشفقة والحنان عليها عادة ولا يحد بأربعة أعوام ولا بعشر على الأظهر . ولابد من ظهور الشفقة عليها منه بالفعل والا فالحاكم هو الذي يتولى عقد نكاحها .

كما جاء به في معنى الدنيئة أنها الخالية من الجمال والمال والحسب والنسب :

فالخالية من النسب بنت الزنا أو الشبهة أو المعتوقة من الجواري . والحسب هو الأخلاق الكريمة كالعلم والحلم والتدبير والكرم ونحوها من محاسن الأخلاق =

ثم قال بعد ذلك ان النكاح يصح بأبعد من الأولياء كعم وابنه مع وجود أقرب لا يجبر كأب وابن فى شريفة وغيرها فلا يفسخ بحال .

ـ فالغنية ذات الجمال ليست بدنيئة وان لم يكن لها حسب ولا نسب . والنسيبة وان كانت فقيرة او قبيحة ليست بدنيئة بل كل من اتصفت بصفتين من هذه الصفات الأربع شريفة بل وبصفة فقط على ما قاله بعضهم .

ثم استطرد فى الكلام عن جواز الولاية لمطلق مسلم أوعدم جوازها فقال : وبقى الكلام فى الجواز هل يجوز لمطلق مسلم أن يتولى عقد نكاح الدنيئة مع وجود كأبيها ونص عليه بعض الشراح ورجح قول الشيخ ولم يجز لهذه المسألة أيضا أو يجوز قال بعضهم وهو نص المدونة وابن عرفة وابن فتوح وغيرهم وجعله المذهب ثم شبه فى الصحة قوله (كشريفة) اى كما يصح نكاح شريفة بالولاية العامة مع وجود خاص غير مجبر ان دخل الزوج بها وطال طولا كالمتقدم فى الصغيره التى لا أب لها اذا زوجت مع فقد الشروط أو بعضها وهو ان يمضي زمن تلد فيه الأولاد كثلاث سنين . ولم يجز لمن له الولاية العامة أن يتولى عقد نكاح امرأة شريفة مع وجود خاص . وأما الدنيئة فتقدم أن المذهب الجواز ولذا لم يفسخ بحال فيها .

ثم قال بعد ذلك بأن الزوج ان دخل ولم يطل أولم يدخل طال أم لا فللأقرب من الأولياء عند وجود أقرب أو أبعد وللبعيد عند عدم القريب أو الحاكم ان غاب الأقرب غيبة بعيدة على ثلاثة أيام فأكثر الرد وله الامضاء فهو مخير فى الثلاث صور بين الفسخ والامضاء فان أجازه ثبت . وقيل يتعين الفسخ اذا لم يدخل وطال الزمن .

والحاصل أنه يفسخ قبل البناء ان طال ويثبت بعده ان طال فان قرب فيهما خير الولي الخاص فى فسخه وامضائه .

والا بأن كان الولي مجبرا كأب أو وصيه فى بكر أو صغيرة أو مجنونة فلا يصح النكاح بالأبعد مع وجوده فى شريفة ولا دنيئة وفسخ أبدا متى اطلع عليه ولو بعد مائة سنة (١) .

١١١ — وبناء على ما تقدم فان المالكية يثبتون ولاية التزويج أولا للعصبات بالنفس مع اختلافهم والحنفية فى بعض الجزئيات عند ترتيب الأولياء من العصبات على ما قدمنا تفصيلا .

وبعد العصبات يأتي كافل للمرأة من غير العصبات والمقصود به القائم على تربيتها ثم يأتي بعده دور الحاكم .

فان عدم العاصب والكافل والحاكم فان الولاية تكون لعامة مسلم والمقصود به أى رجل من عامة المسلمين ثم انهم لما مثلوا لعامة مسلم ذكروا بعض ذوى الأرحام كالخال والجد من جهة الأم والأخ لأم فهم عند المالكية من أهل الولاية العامة باذن المرأة ورضاها .

ويمكن القول بناء على ذلك أن المالكية يقولون بولاية ذوى الأرحام بوصفهم من عامة المسلمين ولكن ترتيبهم ، يأتي بعد القائم بالتربية وبعد الحاكم .

---

(١) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٩ — وانظر ترتيب الأولياء كذلك فى المذهب المالكي مقدمة ابن رشد ج ٢ ص ٤٧

(المطلب الثالث)

" ترتيب الأولياء عند الشافعية "

١١٢ـ أحق الأولياء بالتزويج عند الشافعية هو الأب لأن سائر الأولياء يدلون به •

ثم الجد أبو الأب ثم أبوه وان علا لاختصاص كل منهم عن سائر العصبات بالولاية مع مشاركته فى العصوبة •

ثم الأخ لأبوين أو لأب لأن الأخ يدلى بالأب فهو أقرب من ابنه ثم ابن كل منهما وان سفل لأنه أقرب من العم •

ثم العم لأبوين أو لأب ثم ابن كل منهما وان سفل •

ثم سائر العصبة من القرابة أى باقيهم كالارث لأن المأخذ فيهما واحد[1] •

---

(١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥١ ط دار احياء التراث العربى ببيروت وقد جاء فيه تنبيه نصه (قوله كالارث متعلق بسائر لأن الابن يقدم فى الميراث ولا ولاية له هنا والجد فى الارث يشارك الأخ وهنا يقدم عليه والشقيق فى الارث يقدم قطعا على الأخ لأب وهنا فيه خلاف كما يشير اليه قوله (ويقدم أخ الأبوين على أخ لأب) وابن أخ لأبوين على ابن أخ لأب وعم لأبوين على عم لأب وابن عم لأبوين على ابن عم لأب فى الأظهر يعنى الجديد بزيادة القرب والشفقة كالارث • وعلى هذا لوغاب الشقيق لم يزوج الذى لأب بل السلطان • وعلى القديم هما وليان لأن قرابة الأم لا مدخل لها فى النكاح فلا يرجح بها بخلاف الارث •

وقد جاء فى مغنى المحتاج أنه لا يزوج ابن أمه وان علت ببنوة محضة خلافا للأئمة الثلاثة والمزني لأنه لا مشاركة بينه وبينها فى النسب اذا انتسابها الى أبيها وانتساب الابن الى أبيه فلا يعتني بدفع العار عن النسب .

فان قيل يدل للصحة قوله صلى الله عليه وسلم لما أراد ان يتزوج أم سلمه لابنها عمر : قم فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أجيب بأجوبة منها :

(١) أن نكاحه صلى الله عليه وسلم لا يحتاج الى ولى وانما قال له صلى الله عليه وسلم ذلك استطابة لخاطره .

(٢) وأن عمر ابن أبى سلمه ولد فى أرض الحبشة في السنة الثانية من الهجرة وزواجه صلى الله عليه وسلم بأم سلمه كان فى السنة الرابعه وقيل ان سن عمر يوم توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم كان تسع سنين وكان حينئذ طفلا فكيف يزوج .

(٣) وعلى تقدير صحة أنه زوج وهو بالغ فيكون ببنوة العم فانه كان من بني أعمامها ولم يكن لها ولي أقرب منه . وان كان ابن ابن عم لها أو ذا قرابة أخرى فانه يزوج بهذا الوصف فلاتضره البنوة لأنها غير مقتضية لامانعة فاذا وجد معها سبب آخر يقتضى الولايه لم تمنعه .(١)

---

(١) المرجع السابق وقد جاء فيه تنبيه منه : (قوله ابن ابن عم يفهم أنه لا يتصور أن يكون ابن عمها ابنها وليس مراد ابل يتصور بوطء الشبهة وبنكاح المجوس) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٦ ص ٢٢٦ وما بعدها

١١٢- ويمكن القول بعد ذكر أولياء التزويج وترتيبهم عند الشافعية انهم كغيرهم يثبتون هذه الولايـة أولا للعصبة بالنفـس وإن كانوا في ولايـة بعـض هؤلاء وفي ترتيبهم يختلفون مع غيرهـم في بعـض الجزئيات على ما مـر .

ثم يأتي بعد ذلك وبعد العاصب السببي القاضي أو المحكـم أو الوكيل عن الولي فكل هؤلاء لهـم ولاية التزويـج بعـد العصبة بالنفـس .

(المطلب الرابـــــع)

" ترتيب الأولياء عند الحنابلــة "

١١٤— أحق الناس بنكاح المرأة الحرة عند الحنابلة أبوهـا ولا ولايـــة لأحـد معه . وسبق أن قلنا ان الشافعي قال بهـذا .

وعند مالك وأبي يوسف وابن المنذر وغيرهـم الابن أولى لأنـــه أولـى منه بالميراث وأقوى تعصبيا .

والحنابله يقولون ان الولد موهـوب لأبيه لقوله تعالى (ووهبنـا له يحـي)(١) وقوله (رب هب لي من لدنك ذرية طيبـه)(٢) وقولـــه (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحـاق)(٣)

ويؤكـد هذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم (أنت ومالــك لأبيـك)(٤)

وما دام الحال كذلك فاثبات ولاية الموهـوب له على الهبـــة أولى من العكـس .

ثم الأب أكمل نظرا وأشـد شفقـة فوجـب تقديمه في الولاية كتقديمـه على الجـد .

والأب كذلـك يلي ولده في صغره وسفهـه وجنونه فيليه في سائـــر ما يثبت الولايـة عليـه فيه بخلاف ولاية الابن ولذلـك اختـــص بولاية المال وجاز لـه أن يشترى لها من ماله وله من مالها اذا كانـت صغيرة بخلاف غيره .

---

(١) سورة الأنبياء آية رقم (٩٠)　(٢) سورة آل عمران آيـة رقم (٣٨)
(٣) سورة ابراهيم آية رقم (٣٩)　(٤) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٦٩ رقم ٢٢٩٢—

ولأن الولايـه احتكام واحتكام الأصل على فرعه أولى من العكـس .

— قال حدثنا محمد بن يحيي بن حكيم قالا : ثنا يزيد بن هـارون أنبأنـا حجاج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جـده قال (جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ان ابي اجتاح مالي فقال " انت ومالك لأبيـك " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اولادكم من اطيب كسبكم . فكلوا مـن أموالهم . ط دار الفكر للطباعة والنشـر والتوزيـع .

ملحوظه : عمرو بن شعيب راوى الحديث المذكور فيه كلام فقد تكلم عنـه كثير قال : صدقه ابن الفضل سمعـت يحيى بن سعيد القطان يقـول اذا روى عنـه الثقات فهو ثقـه يحتـج به وقال علي بن المديني عن يحيـي بن سعيد حديثه عندنا واهـي وجاء عن ابن عيينه حديثه عند الناس فيـه شيء وقال ابو عمر بن العلاء كان يعاب على عمرو بن شعيب انه كـان لا يسمع شيئا الا حدثنا به وقال الميموني سمعت احمد بن حنبل يقـول له اشياء مناكير وانما يكتب حديثه يعتبر به فأما ان يكون حجة فلا وقـال الأثرم عن احمد انا اكتب حديثه وربما احتججنا به وربما وجس في القلـب منه شيء وقال ابو داود عن احمد بن حنبل اصحاب الحديث اذا شاءوا احتجوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيـه عن جـده واذا شاءوا تركـوه وقال البخاري رأيـت احمد بن حنبل وعلي بن المديني واسحاق بـن راهويـه وابا عبيـد وعامة اصحابنا يحتجون بحديث عمرو بن شعيب عن ابيـه عن جـده ما تركه احد من المسلمين قال البخاري من الناس بعدهـم وقال ابو زرعه روى عنه الثقات وانما انكروا عليـه كثرة روايته عن ابيـه عن جـده وقال انما سمـع احاديث يسيره واخـذ صحيفة كانت عنده فرواهـا وعامة المناكير تروى عنه وقال الآجـري قلت لأبي داود عمرو بن شعيب عندك حجـه قال لا ولا نصـف حجـه وقال الحسن بن سفيان عن اسحاق بـن راهويـه عمرو بن شعيب ضعفه ناس مطلقا ووثقـه الجمهور وضعـف بعضهـم روايته عن أبيـه عن جـده ومن ضعفه مطلقا فمحمول على روايته عن ابيه عـن جـده فأما روايته عن ابيـه فربما دلـس مافي الصحيفه بلفظ عن فاذا قـال حدثني أبي فلا ريب (تهذيب التهذيب لابن حجـر ج ٨ ص٤٨ ، ٤٩ دار صادر بيروت)

—

وفارق الميراث فانه لا يعتبر له النظر ولهذا يرث الصبي والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه (١) .

١١٥- ويلي الأب عند الحنابلة الجد أبو الأب (٢) وان علت درجته

= والحديث الذي نصه (انت ومالك لأبيك) . (ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من اموالهم) وان كان قد تكلم فيه من ناحية السند فقيل عن حجاج بن ارطاه الذي ورد في رواية انه صدوق كثير الخطأ والتدليس ذكره في الطبقة الرابعة من المدلسين وقد نسب هذا القول للحافظ بن حجر الا انه يقويه رواية أخرى من هشام بن عمار ثنا عيسى بن يونس ثنا يوسف بن اسحاق عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله ان رجلا قال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وان أبي يريد ان يجتاح مالي فقال (انت ومالك لأبيك) وقد أخرجه ابن ماجه في سننه ونقل عن الزوائد القول بأن اسناده صحيح ورجاله ثقات على شرط البخاري (سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٦٩ رقم ٢٢٩١ ، ٢٢٩٢) .

ونقل السيوطي في التدريب عن الذهبي انه قال أعلى مراتب الحسن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (تدريب الراوي ص ٩١ الطبعة الأولى بتحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف) .

(١) المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٥٦ ، ٤٥٧ .

(٢) ماتن الصلب جاء في المرجع السابق - وانظر كذلك الروض المربع ج ٢ ص ٢٧١ فقد اورد في ترتيب الولاة وصي الأب بعد الأب وقبل الجد .

وسيأتي الكلام تفصيلا عن ولاية وصي الأب بعد ذلك .

فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء . ويلاحظ أن الجد الذى يلى هو الأقرب فالأقرب وهذا قول الشافعى وعن أحمد رواية أخرى أن الابن مقدم على الجد وهو قول مالك .

وعن أحمد رواية ثالثة أن الأخ يقدم على الجد لأن الجد يدلى بأبوة الأب والأخ يدلى ببنوة والبنوه مقدمة .

وعن أحمد أيضا أن الجد والأخ سواء لاستوائهما فى الميراث بالتعصيب فاستويا فى القرابة فوجب أن يستويا فى الولاية كالأخوين . ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر فاستويا فى الولاية كالأخوين .

وقال صاحب المغنى تأييدا لتقديم الجد أن له ايلادا وتعصيبا فيقدم على الابن وعلى الأخ كالأب .

ولأن الابن والأخ يقادان بهما ويقطعان بسرقة مالهما .

والجد لا يسقط فى الميراث الا بالأب والأخ يسقط به وبالابن وابنه .

واذا ضاق المال وفى المسألة جد وأخ سقط الأخ وحده ووجب تقديمه عليهما كالأب ولتقدمه على العم وسائر العصبات .

ومتى كان الأب كذلك فالجد وان علا أولى من جميع العصبات غير الأب . وأولى الأجداد أقربهم وأحقهم فى الميراث . (1)

---

(1) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٥٧ — ٤٥٨ — الروض المربع ج ٢ ص ٢٧١ — كشاف القناع ج ٥ ص ٥٠ .

١١٦ــ ثم يأتي بعد ذلك في ترتيب الولاة في تزويج المرأة ابنهـــا ثم ابنه بعده وان نزلت درجته الأقرب فالأقرب . وبهذا قال أصحــاب الرأى

وقال الشافعى لاولاية للابن الا أن يكون ابن عم أو مولــــى أو حاكما فيلى بذلك لا بالبنوة واستند هذا الرأى الى أن الابـــن ليس بمناسب لها فلا يلى نكاحها وأن طبعه ينفر من تزويجها فـــلا ينظر لها .

ومما رد به المثبتون لولاية الابن في النكاح قولهم ان أم سلمـــة رضى الله عنها لما انقضــت عدتها أرسل اليها رسول الله صلى اللــه عليه وسلم يخطبها فقالت : يا رسول الله ليـس أحــد من أوليائـــى شاهدا قال " ليـس من أوليائـك شاهـد ولا غائب يكره ذلـــك " فقالت قم ياعمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجـه(1) . قـــال الأثرم قلت لأبي عبد الله : فحديث عمر بن أبي سلمة حين تـــزوج النبي صلى الله عليه وسلم أمه أم سلمة أليـس كان صغيرا قـــــال: ومن يقول كان صغيرا ليـس فيه بيان .

---

(1) سـنن النسائي ج ٦ ص ٨١ ــ ٨٢ وقال العلامة السندي في حاشيته عليـــه عند قول أم سلمه لابنها عمر : (يا عمر قم فزوج رسول الله) قيل كان صغيرا فالولي حقيقة هو صلى الله عليه وسلم والله تعالى أعلم ــ وانظر مسند الامـام أحمد ج ٦ ص ٢٩٥ ، ٣١٣ ، ٣١٨ .

وذكر الحافظ في الاصابـة ج ٣ ص ٥١٩ أن عمر بن أبي سلمه ولد بالحبشـه في السنه الثانية من الهجرة وقيل قبل ذلك وقبل الهجرة الى المدينة وأيـده بقول عبد الله بن الزبير كان أكبر مني بسنتين .

ولأنه عدل من عصبتها فثبت له ولاية تزويجها كأخيها .

وقالوا عن القول انه ليس بمناسب لما ان هذا يبطل بالحاكم والمولى .

أما عن القول بأن الابن ينفر من تزويج أمه فقالوا : ان هذا معارض فى الفرع ليس له أصل ثم يبطل بما اذا كان ابن عم أو مولى أو حاكما .

وقالوا : اذا ثبت ما تقدم فانه يقدم على الأخ ومن بعده بغير خلاف عند من يقول بولايته لأنه أقوى منه تعصيبا وقد استويا فى عدم الايلاء (١) .

وعلى تقديم الابن يأتى دوره قبل الأخ لأب وأم .

— وذكر فى ترجمة عبد الله بن الزبير أنه ولد عام الهجرة انظر الاصابة ج ٢ ص ٣٠٩ وذكر فى ترجمة أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوجها فى جمادى الاخره سنة ٤ من الهجره انظر الاصابة ج ٤ ص ٤٥٨ .
أقول فعلى ذلك يكون عمر عمر بن ابى سلمة على الروايه الأولى حين تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أمه سنتين وعلى الرواية الثانية يكون عمره ست سنوات فهو صغير فى كلتا الروايتين . وقال الشوكانى فى النيل فى حديث أم سلمة : الحديث قد أعل بأن عمر المذكور كان عند تزوجه صلى الله عليه وسلم بأمه صغيرا له من العمر سنتان لأنه ولد فى الحبشة فى السنة الثانية من الهجرة وتزوجه صلى الله عليه وسلم بأمه كان فى السنة الرابعة نيل الأوطار ج ٦ ص ١٤١

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٥٨ — الروض المربع ج ٢ ص ٢٧١ — كشاف القناع ج ٥ ص ٥٠ وما بعدها .

١١٧ـ فاذا عدم الابن تكون ولاية التزويج للأخ لأب وأم فلا خلاف بين أهل العلم فى تقديم الأخ بعد عمودى النسب لكونه أقرب العصبات بعده فانه ابن الأب وأقواهم تعصيبا وأحقهم بالميراث ؛

والأخ لأب مثل الأخ الشقيق ، وقد اختلفت الرواية عن أحمد فى الأخ لأبوين والأخ لأب اذا اجتمعا ؛

فالمشهور عنه أنهما سواء فى الولاية وبهذا قال أيضا أبو ثور والشافعي فى القديم لأنهما استويا فى الولاية كما لو كانا من أب وانما يرجح الأخ فى الميراث بجهة الأم ولا مدخل لها في الولاية فلم يرجح بها كالعمين أحدهما خال وابنى عم أحدهما أخ من أم ،

والرواية الثانية الأخ من الأبوين أولى واختارها أبو بكر وهو قول أبى حنيفة ومالك والشافعى فى الجديد وهو الصحيح لأنه حق يستفاد بالتعصيب فقدم فيه الأخ من الأبوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فانه لامدخل للنساء فيه وقد قدم الأخ من الأبوين فيه (١) ، وهكذا الخلاف فى بني الاخوه والأعمام وبنيهم ، فاذا كان ابنا عم لأب أحدهما أخ لأم فهما سواء لأنهما استويا فى التعصيب والارث به ،

وقال القاضي فيهما من الخلاف مثل مافي ابن عم من أبوين وابن عم من أب لأنه يرجح من جهة أمه وليس كذلك لأن جهة أمه يرث

---

(١) المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٥٨ وما بعدها ـ الروض المربع ٢ ص ٢٧١ وقد اقتصر على ذكر الرواية المشهورة ،

بما منفردة وبا مية به منفرداً لم يرجح به في الميراث بالـولاء ولا في غيره فعلى هذا اذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب وأخ من أم فالولاية لابن العم من الأبوين عند من يرى تقديم ولد الأبوين (١) .

ثم أولادهم وان سفلوا ثم عمومة الأب .

١١٨ ـ وبعد ذلك قال صاحب المغني ان جملة الكلام في ذلك أن الولاية بعد من ذكرنا تترتب على ترتيب الارث بالتعصيب فأحقهم بالميراث أحقهم بالولاية فأولاهم بعد الآباء بنو المرأة ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنوا أبيها وهم الاخوة ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جدها وهم الأعمام ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جد الأب وهم أعمام الأب ثم بنوهم وان سفلوا (٢) .

١١٩ ـ وبعد ذكر الأولياء من العصبة قال انه لا ولاية لغير العصبات من الأقارب هكذا نص عليه أحمد وهو قول الشافعي واحدى الروايتين عن أبي حنيفه ... والثانية أن كل من يرث بفرض أو تعصيب يلي لأنه من أهل ميراثها فوليها كعصبتها .

(١) المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٥٩ ـ الروض المربع ج ٢ ص ٢٧١

(٢) المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٥٩ ، ٤٦٠ وقد استطرد فقال بعد مانفي الصلب : ثم بنو جد الجد وعلى هذا لا يلي بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منه وان نزلت درجتهم . وأولى ولد كل أب أقربهم اليه لأن مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة فأقربهم أشفقهم ولا نعلم في هذا خلاف بين أهل العلم ـ الروض المربع ج ٢ ص ٢٧١ ـ كشاف القناع ج ٥ ص ٥١

واستدل لمنع الولاية عن غير العصبات بما روى عن علي قال:
" اذا بلغ النساء نص الحقاق فالعصبة أولى "(١)

---

(١) ذكره أبو عبيد في غريبه عن ابن مهدى عن سفيان عن سلمة بن كهيل عن معاوية بن سويد بن مقرن قال وجدت فى كتاب أبى عن على رضى الله عنه " اذا بلغ النساء نص الحقائق وبعضهم يقول نص الحقاق فالعصبة اولى " انظر غريب الحديث لأبى عبيد ٣/ ٤٥٦ـ ٤٥٧ ـ الطبعة الأولى بمطبعة دائرة المعارف العثمانية بحيدرأباد الدكن بالهند والبيهقى فى سننه ٧/ ١٢١ بزيادة " ومن شهد فليشفع بخير "

بيان حال رواة الحديث الذى ذكره أبو عبيد :ـ

(١) عبد الرحمن بن مهدى : ثقه ثبت حافظ عارف بالرجال والحديث ماتسنة ١٩٨ كما فى التقريب ١/ ٤٩٩ .

(٢) سفيان هو سفيان الثورى ثقة حافظ فقيه عابد امام حجه ماتسنة ١٦١ التقريب ١/ ٣١١ .

(٣) سلمة بن كهيل الحضرمي أبو يحيي الكوفى ثقة من الرابعة التقريب ١/ ٣١٨ .

(٤) معاوية بن سويد أبو سويد ثقة من الثالثة لم يصب من زعم أن له صحبه التقريب ٢/ ٢٥٩ .

(٥) سويد بن مقرن صحابي مشهور نزل الكوفة كما فى التقريب ١/ ٣٤١ .

(فالحديث ثابت عن علي رضى الله عنه وليس بمرفوع) .

ومعنى اذا بلغ النساء نص الحقاق أى : بلغن فيه غاية البلوغ والعقل والادراك (النهاية لابن الأثير ج ١ ص ٤١٤ ، ٤١٥ الناشر المكتبه الاسلاميه تحقيق طاهر أحمد الزاوي ، ومحمود محمد الطناحي) وجاء فى تاج العروس ج ٦ ص ٣١٧ ، ٣١٨ قوله وفيه عن حديث علي رضي الله عنه (اذا بلغ النساء نص الحقاق أو نص الحقائق ـ كما فى رواية أخرى ـ فالعصبة أولى) قال أبو عبيد : نص كل شيء منتهاه ومبلغ أقصاه أى اذا بلغن الغاية التى عقلن فيها وعرفن فيها حقائق الأمور أو قدرن فيها على الحقاق أى الخصام وهو المحاقة ونص أبي عبيد هو (أن تحاق الأم العصبة فى الجارية فتقول أنا أحق بها ويقولون بل

ولأن من ليس يعصبها شبيه بالأجنبي (١) .

١٢٠- والظاهر مما سبق أن الحنابلة لا يجعلون الولاية لغير العصبات من الأقارب (٢).

ثم هم يجعلون الترتيب في الولاية بعد العاصب النسبي للعاصب السببي ثم يقولون انه اذا عدم الولي مطلقا بأن لم يوجد أحد ممن تقدم ذكرهم أو عضل من وجد ولم يوجد غيره فتكون الولاية للسلطان وقالوا ان هذا هو قول فريق من الفقهاء منهم مالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد .

ومما استندوا اليه قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " السلطان ولي من لا ولي له " (٣) وقد روى أبو داود باسناده عن أم حبيبة أن النجاشي زوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت عندهم (٤).

ثم ان السلطان له ولاية عامة بدليل أنه يلي

= نحن أحق . أو المعنى اذا بلغن نهاية الصغار أي الوقت الذي ينتهي فيه صغرهن ويدخلن في الكبر استعار لهن اسم الحقاق من الابل . وقال أبو عبيد أراد بنص الحقاق الادراك لأن وقت الصغر ينتهي فتخرج الجارية من حد الصغر الى الكبر وقال ابن المبارك (نص الحقاق) بلوغ العقل وهو مثل الادراك لأنه انما أراد منتهى الأمر الذي تجب به الحقوق والأحكام فهو العقل والادراك وقيل المراد بلوغ المرأة الى الحد الذي يجوز فيه تزويجها وتصرفها في أمرها تشبيها بالحقاق من الابل وعند ذلك يتمكن من ركوبه وتحميله ومن رواه (نص الحقائق) أراد جمع الحقيقة أو جمع الحقة من الابل .

(١) المغني جـ ٦ ص ٤٦٠ - الروض المربع جـ ٢ ص ٢٧١ - كشاف القناع جـ ٥ ص ٥٢ .
(٢) المغني جـ ٦ ص ٤٦٠ - كشاف القناع جـ ٥ ص ٥١ - الروض المربع جـ ٢ ص ٢٧١ .
(٣) سبق تخريجه في ص ١١٦ .
(٤) أخرجه أبو داود في سننه جـ ٣ ص ٣١ . رقم الحديث ٢٠٠١ .

المال ويحفظ الضوال فكانت له ولاية في النكاح كالأب.(1)

فان لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان فعن أحمد رضي الله عنه ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل باذنها فانه قال في دهقان قرية يزوج من لا ولي لها اذا احتاط لها في الكفء والمهر اذا لم يكن في الرستاق قاض.(2)

---

(1) الروض المربع ج ٢ ص ٢٧١ كشاف القناع ج ٥ ص ٥١ ، ٥٢ المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٦٠ ، ٤٦١ وقد جاء فيه قوله : والسلطان همنا هو الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه ذلك . واختلفت الرواية عن أحمد في والي البلد فقال في موضع : يزوج والي البلد . وقال في الرستاق . يكون فيه الوالي وليس فيه قاض : يزوج اذا احتاط لها في المهر والكفء . أرجو أن لا يكون به بأس لأنه ذو سلطان فيدخل في عموم الحديث .

وقال في موضع آخر في المرأة اذا لم يكن لها ولي فالسلطان المسلط على الشيء القاضي يقضي في الفروج والحدود والرجم وصاحب الشرطة انما هو مسلط في الأدب والجناية وقال ما للوالي ولاية انما هو القاضي. وقد تأول القاضي الرواية الأولى على أن الوالي اذن له في التزويج ويحتمل أنه جعل له ذلك اذا لم يكن في ولايته قاض فكأنه قد فوض اليه النظر فيما يحتاج اليه في ولايته وهذا منها .

(2) المغني ج ٦ ص ٤٦٢ وقد قال ان وجه اشتراط ما في الصلب أن اشتراط الولي هنا يمنع النكاح بالكلية فلم يجز كاشتراط المناسب في حق من لا مناسب له . وروى عنه أنه لا يجوز النكاح الا بولي لعموم الأخبار فيه .

وقد قال ابن عقيل ان قوما من أصحابنا أخذوا من هذه الرواية أن النكاح لا يقف على ولي . قال : وقال القاضي منصوص أحمد يمنع من ذلك والصحيح أن هذا —

ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل وان كان للولي الاجبار ثبت ذلك لوكيله وان كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل الى اذنها ومراجعتها لأنه نائب فيثبت له مثل ما ثبت لمن ينوب عنه .

وكذلك الحكم فى السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج فيكون المأذون له قائما مقامه (١) .

— القول مختص بحال عدم الولي والسلطان لأنه شرط أن لا يكون فى الرستاق قاض .

(١) انظر المغني ج ٦ ص ٤٦٢ ـ ٤٦٤ ومما قاله ان كل واحد ممن ذكروا فى الصلب يقوم مقامه وكيله وان كان حاضرا اذ يجوز التوكيل فى النكاح سواء كان الولي حاضرا او غائبا مجبرا او غير مجبر لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وكل أبا رافع فى تزويجه ميمونة ووكل عمر بن أمية فى تزويجه أم حبيبه . ولأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع .

ثم قال ان لأصحاب الشافعي فى توكيل غير الأب والجد وجهين أحدهما لا يجوز لأنه يلي بالاذن فلم يجز التوكيل له كالوكيل . ولنا أنه يلي شرعا فكان له التوكيل كالأب ولا يصح قوله انه يلي بالاذن فان ولايته ثابتة قبل اذنها وانما اذنها شرط لصحة تصرفه فأشبه ولاية الحاكم عليها ولا خلاف فى أن للحاكم أن يستنيب فى التزويج من غير اذن المرأة ولأن المرأة لا ولاية لها على نفسها فكيف تثبت لنائبها من قبلها .

وقد أضاف لما ذكر أن التوكيل يجوز مطلقا ومقيدا فالمقيد التوكيل فى تزويج رجل بعينه والمطلق التوكيل فى تزويج من يرضاه أو ممن يشاء . وعن أحمد قال : فى رواية عبد الله فى الرجل يولي على أخته وابنته يقول اذا وجدت من ترضاه فزوجها فتزويجه جائز . ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح فانه روى أن رجلا من العرب ترك ابنته عند عمر وقال اذا وجدت لها كفءا فزوجه اياها ولو بشراك نعله فزوجها عمر من عثمان بن عفان واشتهر ذلك فلم ينكر ولأنه اذن فى النكاح فجاز مطلقا كاذن المرأة —

١٢١ـ وقد قال صاحب المغني ان الرواية اختلفت عن أحمد هل تستفاد الولاية في النكاح بالوصية .

فروى أنها تستفاد بها وهو اختيار الخرقي وقول الحسن وحماد بن أبي سليمان ومالك . وعنه لاتستفاد بالوصية وبه قال الثوري والشعبي والنخعي وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر وغيرهم .

فعند هؤلاء انها ولاية تنتقل الى غيره شرعا فلم يجز أن يوصي بها كالحضانة ولأنه لا ضرر على الوصي في تضييقها وضعها عند من لا يكافئها فلم تثبت له الولاية كالأجنبي ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم .

ـ اوعقد فجاز التوكيل فيه مطلقا ولا يعتبر في صحة الوكالة اذن المرأة في التوكيل سواء كان الموكل أم غيره ولا يفتقر الى حضور شاهدين . وقال بعض الشافعية لا يجوز لغير المجبر التوكيل الا باذن المرأة وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير اذن الموكل . وحكي عن الحسن بن صالح أنه لا يصح الا بحضرة شاهدين لأنه يراد لحل الوطء فافتقر الى الشهادة كالنكاح ولنا أنه اذن من الولي في التزويج فلم يفتقر الى اذن المرأة ولا الى اشهاد كاذن الحاكم . وقد بينا أن الولي ليس بوكيل للمرأة وهذا التوكيل لا يملك به البضع فلم يفتقر الى اشهاد بخلاف النكاح . ويبطل ما ذكره الحسن بن صالح بالتسري .

وقال أبو عبدالله بن حامد : ان كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقه بوصيته وان لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك .

فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبرا كالأب أو غير مجبر كغيره ووصي كل ولي يقوم مقامه فان كان الولي له الاجبار فكذلك وصيه وان كان يحتاج الى اذنها فوصيه كذلك لأنه يقوم مقامه فهو كالوكيل .

ونظرا لأننا ستتعرض في موضع آخر بالتفصيل لموضوع الوصية بالنكاح فقد اكتفينا هنا بهذا القدر من الكلام وتمامه هناك .

١٢٢ـ وبعد هذا البيان المفصل عن الأولياء وترتيبهم لدى الحنابلة نقول أنهم مع غيرهم في اثبات الولاية هنا للعصبة بالنفس مع الاختلاف في بعض الجزئيات عند ترتيب الأولياء من العصبة بالنفس على ما بينا .

ثم أنهم لا يجعلون ولاية التزويج لغير العصبات من الأقارب وهو منصوص عن أحمد .

وبعد العاصب النسبي يأتي العاصب السببي .

ثم هم عند عدم وجود أحد من هؤلاء أو عند عضل من وجد منهم ولم يوجد غيره فانهم يجعلون الولاية للسلطان وقالوا ان هذا هو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأى وغيرهم وذلك لأن للسلطان ولاية عامة فتدخل في هذا العموم ولاية النكاح .

واذا لم يوجد ذو سلطان فعن أحمد رضي الله عنه يزوجها

رجل عدل يأذنها .

وهذا الذي قالوا به قريب من قول المالكية الذين يثبتون ولاية التزويج لأى رجل من عامة المسلمين بإذن المرأة ورضاها .

والحنابلة أيضا يثبتون لوكيل الولي في التزويج ما لهذا الولي من حقوق وسلطات .

(المطلب الخامس)

" مناقشة أقوال الفقهاء والترجيح "

١٢٣- والذى يخلص مما ذكر آنفا أن ولاية العصبات بالنفس ثابتة فى التزويج عند الأئمة جميعا وسائر العلماء لا يعلم فى ذلك خلاف لأن قرابة العصبة هي محل التناصر والشفقة عند الجميع فكانت للعصبات عموما ولاية التزويج •

ومع اتفاق الفقهاء فى هذا الأمر فانهم عند ترتيب العصبات اختلفوا فى بعض المسائل الفرعية وهذا الخلاف لم يقتصر على الخلاف بين مختلف مذاهب الفقه الاسلامي بل تعداه الى شيوخ المذهب الواحد فى بعض الحالات •

واذا كان المقام لا يسمح بتفصيل الكلام في هذا الأمر لأن فيه اعادة لكلام قلته آنفا الا أن هذا لا يمنع من ذكر بعض نقاط الخلاف ومنها :

١٢٤- أولا : الابن مع الأب يقدم الامام أبو حنيفه والامام أبو يوسف الابن عند وجوده على الأب فى ولاية التزويج •

وقال بذلك أيضا المالكية فمرتبة الأب عندهم تأتي بعد الابن؛

والشافعية يقدمون الأب ثم الجد أبا الأب وان علا وليس ذلك فقط بل انهم منعوا تزويج الابن أمه وان علت ببنوة محضة مخالفين فى ذلك الائمة الثلاثة وغيرهم •

والحنابلة يقدمون الأب ثم الجد أبا الأب وان علا . وقد تعددت الروايات عن أحمد في ذلك ، فعنه في رواية يقدم الابن على الجد وفي رواية يقدم الأخ على الجد وعنه أيضا أن الأخ والجد سواء في الولاية ، ثم يأتي بعد الجد الابن ثم ابنه وان نزل

ومن قدموا الابن على الأب قالوا :

(١) ان ولاية التزويج مبنية على التعصيب والابن أقوى عصوبة من الأب بدليل أنهما اذا اجتمعا في الميراث انفرد الابن بالأخذ بالعصوبة ، والعصوبة هي سند بناء الولاية هنا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " الانكاح الى العصبات "(١)

(٢) ولا يقال ان الأب أوفر شفقة من الابن لأنه لا اعتبار بزيادة الشفقة في الأب اذ المناط في ولاية الانكاح ليس زيادة الشفقة دون نظر الى قوة العصوبة ومما استند اليه من يقدمون الأب على الابن في ولاية الانكاح مايلي :-

(١) ولاية الانكاح ولاية نظر للمولى عليه والأب أشفق عليه ولهذا كان هو أولى بالتصرف في ماله وفارقت الولاية الميراث فانه لا يعتبر له النظر ولهذا يرث الصبي والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه

(٢) وان سائر الأولياء يدلون بالأب فهو أحق الأولياء بالتزويج .

(٣) ولأن الولاية احتكام واحتكام الأصل على فرعه أولى من العكس .

---

(١) سبق الكلام عليه في ص : ١١٢

(٤) وأن الأب من قوم الولي عليه والابن ليس منهم •

(٥) وأن الولد موهوب لأبيه لقوله تعالى ﴿ ووهبنا له يحيى ﴾[١] وقوله تعالى ﴿ رب هب لي من لدنك ذرية طيبة ﴾[٢] وقوله تعالى ﴿ الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق ﴾[٣] ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم ﴿ أنت ومالك لأبيك ﴾[٤]

وما دام الحال كذلك فاثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس•

(٦) والأب كذلك يلي ولده في صغره وسفهه وجنونه فيليه في سائر ما يثبت الولاية عليه فيه بخلاف ولاية الابن ولذلك اختص بولاية المال وجاز له أن يشتري لها من ماله وله من مالها اذا كانت صغيرة بخلاف غيره•

(٧) ثم ان الشافعية في قولهم بعدم ولاية التزويج للابن ردوا على حديث أم سلمة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لابنها لما أراد أن يتزوجها " قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم "[٥] بقولهم : ان نكاح النبي صلى الله عليه وسلم لا يحتاج الى ولي وانما قال له صلى الله عليه وسلم ذلك استطابة لخاطره ثم ان عمر بن أبي سلمة ولد في أرض الحبشة في السنة الثانية من الهجرة وزواج الرسول صلى الله عليه وسلم بأم سلمة كان في السنة الرابعة وقيل ان سن عمر يوم توفي الرسول صلى الله عليه وسلم كان تسع سنين قاله ابن سعد

---

(١) سورة الأنبياء آية رقم (٩٠) (٢) سورة آل عمران آية رقم (٣٨)
(٣) سورة ابراهيم آية رقم (٣٩) (٤) سبق تخريجه ص ١٤٧
(٥) سبق تخريجه ص ١٥١ •

وغيره وكان حينئذ طفلا فكيف يزوج ، وعلى تقدير صحة أنه زوج وهو بالغ فيكون بولاية العم فانه كان من بنى أعمامها ولم يكن لها ولى أقرب منه .

١٢٥- وأنا مع جمهور الفقهاء في تقديم الأب على الابن في ولاية التزويج لما ساقوه من حجج ترجح هذا الرأي وقد ذكرت أهم هذه الحجج .

وفضلا عن ذلك فان من قدموا الابن على الأب من قال ان تقديمه عليه هو الأولى فلو عقد الأب مع وجود الابن أو ابنه جاز هذا العقد على الابن ولا ضرر .

وقد استحب البعض لذلك - عند وجود الأب والابن - ممن يقدمون الابن أن يترك الابن المجال للأب تعظيما لشأنه بأن يفوض الأب في الانكاح احتراما له واحترازا عن موضع الخلاف.(1) ولا جدال في أن شفقة الأب تزيد كقاعدة عن شفقة الابن وهذا مما يرجح تقديم الأب على الابن لأن زيادة الشفقة تدفع الى اختيار الأنسب والأكفأ للمولى عليه.

ثم الأب عصبة للمولى عليها وهو من قومها والابن ليس من قومها

١٢٦- ثانيا: <u>ومما اختلف فيه الجد مع الأخ</u> فالامام أبو حنيفه يقدم الجد على الأخ وكذلك الشافعية . والصاحبان يجعلانهما مشتركين في الولاية . والمالكية عندهم يأتي بعد الأب الأخ فابنه وان سفل ثم بعد ذلك يأتي الجد لأب .

---

(1) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٣٨ وما بعدها - الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٦ .

والحنابلة يقدم عندهم الجد أبو الأب وان علا على الأخ . وعن أحمد في رواية أن الأخ يقدم على الجد . وعنه أيضا أن الأخ والجد سواء في الولاية

فمن قدم الجد على الأخ قال :

(١) ان الجد مقدم في العصوبة فكذلك في الولاية .

(٢) ثم الشفقة معتبرة في الولاية وشفقة الجد فوق شفقة الأخ . ولهذا لا يثبت للصغيرين ومن في حكمهما الخيار عند البلوغ أو الافاقة في عقد الجد كما لا يثبت في عقد الأب بخلاف الأخ .

(٣) وقالوا أيضا انه يثبت للجد ولاية المال والنفس جميعا ولا يثبت ذلك للأخ .

(٤) وان حال الجد في الميراث أعلى من الأخ وأقوى حتى لا ينقص نصيبه عن السدس بحال .

ولهذا كله كان الجد في الولاية بمنزلة الأب فلا يزاحمه الأخ .

(٥) وفضلا عن ذلك فقد قالوا ان الجد له ايلاد وتعصيب فيقدم بذلك على الأخ .

(٦) وان الجد لا يسقط في الميراث الا بالأب والأخ يسقط به وبالابن وابنه .

ومن قال ان الجد والأخ في مرتبة واحدة في ولاية التزويج قال انهما يشتركان في الميراث لأن من أصل الصاحبين أن الأخ

يزاحم الجد في العصوبة حتى انهما يشتركان في الميراث فكذلك في الولاية كالأخوين .

ومن قدم الأخ على الجد قال ان الجد يدلي بأبوة الأب والأخ يدلي ببنوة والبنوة مقدمة .

واني مع القائلين بتقديم الجد على الأخ لأن حجج هذا الرأي هي الأقوى مدركا والجد في الولاية له مقام الأب فلا يسوغ أن يزاحمه وشفقته أوفر من شفقة الأخ والشفقة معتبرة في ولاية التزويج بالاضافة الى قوة العصوبة فضلا عن قرابة الولادة .

١٢٧ـ ثالثا : وفيما يتعلق بولاية ذوي الأرحام اختلف الفقهاء فيما بينهم على رأيين أساسيين :

فمنهم من قال بأن ولاية التزويج لا تثبت لذوي الأرحام ومن هؤلاء الامام أحمد والإمام الشافعي والمالكية والامام محمد صاحب الامام أبي حنيفة .

ومما استندوا اليه من حجج :

(١) قول الرسول صلى الله عليه وسلم " الانكاح الى العصبات "(١)

(٢) وقول الامام علي رضي الله عنه " اذا بلغ النساء نص الحقاق فالعصبة أولى "(٢)

(٣) وان من ليس بعصبة شبيه بالأجنبي فالعصبة يعيرون بعدم الكفاءة فيكون ذلك باعثا لهم على صيانة القريب عن غير الكفء .

---

(١) سبق الكلام عنه انظر ص ١١٢
(٢) " تخريجه " " " ١٥٥

ولا يتحقق ذلك فى ذوى الأرحام وان كانوا ذكورا لأنهم من قبيلة
أخرى فلا يلحقهم العار بذلك.

ومنهم من قال ان الولاية بعد العصبات تنتقل الى الأقارب
غير العصبات على حسب قوة قرابتهم وشفقتهم .

ومما استندوا اليه في ذلك :

(١) قوله تعالى (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين)[1] وذلك
من غير فصل بين العصبة وغير العصبة فتثبت ولاية الانكاح
على العموم الا من خص بدليل .

(٢) ثم ولاية الانكاح مرتبة على استحقاق الميراث لاتحاد سبب ثبوتهما
وهى القرابة فكل من استحق من الميراث استحق الولاية
وعلى ذلك فكل قريب يرث يزوج .

(٣) وقالوا كذلك ان اثبات الولاية بعد العصبة لذوى الأرحام
أولى من السلطان لصلة القرابة الشفيقة .

(٤) ثم ردوا على من استدل بقول علي رضي الله عنه " النكاح
الى العصبات "بأن المراد منه حال وجودهم أما عند عدمهم
فان الولاية تكون لذوى الأرحام .

١٢٨ — وأرى أن اثبات الولاية لذوى الأرحام بعد العصبات هو
الأولى بالقبول لما ساقه أصحاب هذا الرأى من حجج ولأن ذوى
الأرحام لا يأتون الا بعد العصبة وهم أولى بها للقرابة الشفيقة
ولأنهم من أهل الميراث والميراث عليه مدار الولاية فى التزويج .

---

(١) سورة النور آية رقم ٣٢

(٢) [illegible]

وهذا لا يعارض حديث " الانكاح الى العصبات " (١) لما قلنا من أن الانكاح يكون الى العصبات عند وجودهم أما ان عدموا فاولو الأرحام أولى من غيرهم بهذه الولاية ؛

هذا ونلاحظ أن بعض من يقولون بعدم الولاية لذوى الأرحام يثبتون الولاية بعد العصبة بالنفس الى الكافل للمرأة وهو القائم بتربيتها ثم للحاكم ثم ان لم يوجد فهم يثبتونها لعامة مسلم والمقصود به أى رجل من عامة المسلمين وهم يدخلون فى هذا المجال الخال والجد من جهة الأم والأخ لأم فهؤلاء عندهم من أهل الولاية العامة باذن المرأة ورضاها مما يستفاد منه أن هؤلاء يقولون بولاية ذوى الأرحام بوصفهم من عامة المسلمين ولكن ترتيبهم يأتي بعد القائم بالتربية وبعد الحاكم .

---

(١) سبق الكلام عليه فى ص ١١٢ ؛

(المبحث الثانـــي)

" غيبة الولـــي الأقـــرب "

" المطلب الأول "

" حكم غيبـــة الولي الأقـرب "

١٢٩- يتقدم الولي الأقرب على الأبعد، اذا كان الأقرب حاضرا اوغائبـا غيبه غيرمنقطعـه فاذا كان غائبا غيبـة منقطعه ، ما حكمها في ذلك المسألة

عند الامام أبي حنيفه والصاحبين للأبعد أن يزوج .

وعند زفر لا ولايـة للأبعـد مع قيام الأقرب بحال .

وعند الاصلم الشافعي يكون الزواج للحاكم لا للولي الأبعد .

وجه قول زفـر : أن ولايـة الأقرب الغائب قائمة لقيام سبـب ثبوتها وهو القرابه القريبه ولهذا لو زوجها حيث هو جاز فقيـام ولايته يمنع الانتقال الى غيره ومن ثم فلا ولايـة للولى الأبعـد ولا للسلطان مع ولايته فصار كما اذا كان حاضـرا .

والشافعي يقول ان ولايـة الأقرب باقيـه كما قال زفـر الا أنه امتنع دفع حاجتها من قبل الأقرب مع قيام سبب ولايته عليهـا بسبب الغيبه فتثبت الولايـة للسلطـان .(١)

---

(١) الكاساني ج ٢ص٢٥٠ وقد قال ايضا : واختلف مشايخنا في ولايـة الأقرب أنها تزول بالغيبه أو تبقى قال بعضهم انها باقيه الا ان حدثت للأبعد ولاية لغيبـة الأقرب فيصير كأن لها وليين مستويين في الدرجـه كالأخوين والعمين . وقال بعضهم تزول ولايته وتنتقل الى الأبعد وهـو الأصح -وانظر لدى الشافعيه: مغني المحتاج ج٣ص١٥٣ نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٢٨ وما بعدها .

وحكم هذه حكم امتناع الولي من تزويج موليته من خاطبها الكفء أن للقاضي أن يزوجها فالجامع في كل حالة من الحالتين دفع الضرر عن المولى عليها .

واحتج الامام أبو حنيفه وصاحباه :

بأن ثبوت الولاية للأبعد بغيبة الأقرب فيه زيادة نظر للمولى عليه فتثبت له الولاية اذ الأبعد أقدر على تحصيل النظر للعاجز لأن مصالح النكاح مضمنة تحت الكفاءة والمهر والأبعد متمكن من احراز الكفء الحاضر بحيث لا يفوته غالبا بخلاف الولي الغائب غيبة منقطعه اذ لا ينتظر الكفء الحاضر حضوره اذ المرأة تخطب حيث هي عادة ولذلك كان الأبعد الحاضر أولى بثبوت الولاية له .

وردوا على قول زفر بأن ولاية الأقرب قائمة فقالوا ان هذا ممنوع ولا يسلم أنه يجوز انكاحه بل لا يجوز فولايته منقطعة .

ثم استدلوا على رأيهم بأن المعقول يدل عليه فثبوت الولاية لحاجة المولى عليه ولا تندفع حاجته برأى الأقرب لغيبته فصار ملحقا بالعدم فصار كأنه جن أومات اذ الموجود الذي لا ينتفع به والعدم الأصلي سواء .

ولأن القول بثبوت الولاية للأبعد مع ولاية الأقرب يؤدى الى الفساد لأن الأقرب ربما يزوجها من انسان حيث هو ولا يعلم الأبعد بذلك فيزوجها من غيره فيطؤها الزوج الثاني ويجيء بالأولاد ثم يظهر أنها زوجة الأول وفي هذا من الفساد ما لا يخفى .

كرز

ثم قالوا ان بما ذكر يتبين أن نقل الولاية الى السلطان باطل لأن (السلطان ولي من لا ولي له)(١) وههنا لها ولي أو وليان فلا تثبت الولاية للسلطان الا عند العضل من الولي ولم يوجد(٢) .

---

(١) سبق تخريجه في ص : ١١٦

(٢) راجع فيما تقدم الزيلعي والشلبي ج ٢ ص ١٢٧ — الكاساني ج ٢ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ وقد قال ان الأقاويل اختلفت في تحديد الغيبة المنقطعة . وعن أبي يوسف روايتان في رواية قال : مابين بغداد والري — وفي رواية : مسيرة شهر فصاعدا وما دونه ليس بغيبة منقطعة .

وعند محمد روايتان أيضا : روى عنه ما بين الكوفة الى الري . وروى عنه من الرقة الى البصرة .

وقال ابن شجاع : اذا كان غائبا في موضع لا تصل اليه القوافل والرسل في السنة الا مرة واحدة فهو غيبة منقطعة واذا كانت القوافل تصل اليه في السنة غير مرة فليست بمنقطعة .

وعن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل البخاري انه قال : اذا كان الأقرب في موضع يفوت الكفء الخاطب باستطلاع رايه فهو غيبة منقطعة واذا كان لا يفوت فليست بمنقطعة . وهذا أقرب الى الفقه لأن التحويل في الولاية على تحصيل النظر في المولى عليه ودفع الضرر عنه وذلك فيما قاله .

ملحوظة : أرى ان الرأي الأخير هو الأوفق ثم ان تقدم وسائل المواصلات وتنوعها وسرعتها في الوقت الحاضر لا تقوم معه التحديدات التي ذكرها الفقهاء آنفا لأن تقدم المواصلات قرب البعيد .

وانظر ايضا المبسوط ج ٣ ص ٢٢٠ وما بعدها الطبعة الثالثة سنة ١٣٩٨ ، سنة ١٩٧٨ .

١٣٠- وعند المالكيــة :

قالوا ان الأب اذا غاب غيبه منقطعه مثل هؤلاء الذين يخرجون في المغازى فيقيمون فى البلاد التى خرجوا اليها مثل الأندلس أو أفريقيه أو طنجـه فقد نسب الى مالك فى المدونـه قوله : أرى أن يرفع أمرها الى السلطان فينظر لها ويزوجهـا ولا يكون للأولياء أن يزوجوهـا بغير أمر السلطـان وهـذا اذا كانت الغيبه منقطعـة .

فأما من خرج تاجـرا وليـس بريـد المقام بتلـك البلاد فـلا يهجم السلطان على ابنتـه البكر فيزوجهـا وليـس لأحـد مـن الأوليـاء أن يزوجهـا لأن مالكا لم يوسـع فى أنه تزوج ابنة الرجـل الا ان يغيـب غيبـة منقطعـة (١) .

١٣١ - وعند الحنابلـة :

جاء فى المغني أن الولي اذا كان غائبا فى موضع لا يصل اليـه

---

(١) المدونه الكبرى ج ٢ ص ١٤٤ طبعة دار الفكر ببيروت سنة ١٣٩٨ سنة ١٩٧٨
الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٩ وما بعدها ومما جاء فيه ان المجبر اذا غـاب غيبة بعيده ولم يرج قدومه فالحاكم هو الذى يزوجهـا باذنهـا واذنهـا صماتهـا وذلك دون غيره من الأولياء لأن الحاكم ولي الغائب وهو مجبـر لاكلام لغيره معه فان كان مرجو القدوم كالتجار فلا يزوجهـا حاكم ولا غيـره كغيبـة الولي الأقرب غير المجبر الثلاث فوق فيزوجهـا الحاكم دون الأبعـد الحاضـر . فان كان على أقل من الثلاث كتـب له اما أن يحضر أو يوكـل والا زوج الحاكم لأنه وكيل الغائب فان زوج الأبعـد صح لأنهـا غيـر مجبرة وان غاب المجبر غيبـة قريبـة كعشر أو عشرين يوما مع أمن الطريـق لم يزوج المجبرة حاكم او غيره لأنه فى حكم الحاضـر لامكان وصول الخبـر اليه بدون كبير مشقـه وفسـخ أبدا ان وقع الا اذا خيفت الطريق بأن كـان لا يمكن سلوكهـا لعدم الأمن وخيف عليهـا ضياع او فساد فكالبعيده يزوجهـا الحاكـم دون غيره والا فسـخ .

الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه زوجها من هو أبعد منه من عصبتها فإن لم يكن فالسلطان ثم قال ان الكلام هنا في فصلين :

<u>أولهما</u> : أن الأقرب اذا غاب غيبة منقطعة فالأبعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم .

وعند الشافعية يزوجها الحاكم لأنه تعذر الوصول الى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ولأن الأبعد محجور بولاية الأقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضرا والدليل على بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح .

وقال صاحب المغني ان مستند من ينقلون الولاية للأبعد بغيبة الأقرب هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم " السلطان ولي من لا ولي له "(١) وهذه لها ولي . فلا يكون السلطان وليها ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه فثبتت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب فكان ذلك للأبعد كالأصل واذا عضلها الأقرب فهو كمسألتنا(٢) .

<u>وثانيهما</u> :

في الغيبة المنقطعة التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها وهي في قول الخرقي المكان الذي لا يصل اليه الكتاب او يصل

---

(١) سبق تخريجه في ص : ١١٦
(٢) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٧٨ وما بعدها .

فلا يجيب عنه لأن مثل هذا تتعذر مراجعته بالكلية فتكون الغيبة منقطعة أى ينقطع من امكان تزويجها .

وقال القاضي يجب أن يكون حد المسافه أن لاتتردد القوافل في السنه الا مرة لأن الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها .

وقال أحمد فى موضع اذا كان الأب بعيد السفر يزوج الأخ .

قال ابو الخطاب فيحتمل أنه اراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة لأن ذلك هو السفر الذي علقت عليه الأحكام .

وذهب أبو بكر الى أن حدها مالا يقع الا بكلفة ومشقته لأن أحمد قال : اذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب اليهم حتى يأذنوا الا ان تكون غيبة منقطعة لا تدرك الا بكلفة ومشقة " فالسلطان ولي من لا ولي له "(١)

وعلق صاحب المغني على ذلك بقوله ان هذا القول أقرب للصواب فان التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف فى هذه المسأله فترد الى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج فى مثله فيتعذر الوصول الى المصلحة من نظر الأب فيكون كالمعدوم .

والتحديد بالعام كبير فان الضرر يلحق بالانتظار فى مثل ذلك

---

(١) سبق تخريجه انظر ص : ١١٦

ويذهب الخاطب ومن لا يصل الكتاب منه أبعد •

ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقه فى مكاتبته والتوسط اولى • (١)

١٢٢ـ والثابت مما قدمنا من الكلام فى حكم غيبة الولي الأقرب أن فى الموضوع ثلاثة آراء :

رأى زفر صاحب ابي حنيفه يقول فيه انه اذا غاب الولي الأقرب فلا ولاية للولي الأبعد فعنده لا ولاية للأبعد مع قيام الأقرب بأى حال من الأحوال •

ورأى الشافعى وهو محكى فى المذهب المالكى مفاده أنه عند غيبة الولي القريب غيبة منقطعه يكون تزويج المولى عليها للحاكم لا للولي الأبعد •

---

(١) المغني لابن قدامه جـ ٦ ص ٤٧٨ وما بعدها وقد استطرد فى بيان معنى الغيبه المنقطعه فى المذاهب الأخرى فمما قال : ان اصحاب ابي حنيفه اختلفوا فى الغيبه المنقطعه فقال بعضهم كقول القاضي وبعضهم قال من الري الى بغداد وبعضهم قال من البصره الى الرقه وهذان القولان يشبهان قول ابى بكر •
واختلف اصحاب الشافعي فى الغيبه التى يزوج فيها الحاكم فقال بعضهم مسافة القصر وقال بعضهم يزوجها الحاكم وان كان الولي قريبا وهو ظاهر نص الشافعي •
وظاهر كلام احمد انه اذا كانت الغيبه منقطعه انه ينتظر ويراسل حتى يقدم او يوكل • ثم قال وان كان القريب محبوسا او أسيرا فى مسافة قريبة لاتمكن مراجعته فهو كالبعيد فان البعد لم يعتبر لعينه بل يتعذر الوصول الى التزويج بنظره وهذا موجود ههنا ولهذا ان كان غائبا لا يعلم أنه قريب أم بعيد أو يعلم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد وانظر الدرر السنيه جـ ٦ ص ٣٢٣ الطبعه الثانيه ١٣٨٥ـ١٩٦٥ •

[illegible] مذهب احمد [illegible]

ان الأبعد بالتزويج عند غيبة الولي الأقرب غيبه منقطعه يكون للولي الأبعد الحاضر لا السلطان .

١٣٣- وقد اشرنا الى ما يستند فيه كل رأى وخلاصة الكلام فيه فيما يلي :-

يقول زفر ان ولاية الأقرب الغائب قائمة لا تسقطها غيبته . ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ذلك ولا ولاية للولي الأبعد ولا للسلطان مع ولايته فصار الولي الأقرب كما اذا كان حاضرا .

والشافعية ومن معهم يقولون ان ولاية الأقرب باقيه كما هو الحكم عند زفر الا أن امتنع دفع حاجة المولى عليها من قبل الأقرب مع قيام سبب ولايته عليها الغيبه البعيده فتثبت الولاية للسلطان .

وحكم هذه هو حكم امتناع الولي من التزويج من خاطب كفء اذ الجامع فى كل حالة من هاتين دفع الضرر عن المولى عليها .

وانتقال الولاية للسلطان دون الأبعد لأن الولي الأقرب غائب غيبة منقطعة والحاكم ولي الغائب .

ومن قالوا بثبوت الولاية للأبعد بغيبة الأقرب لا الحاكم استندوا الى حجج منها :

(١) أن ثبوت الولاية للأبعد بغيبة الأقرب غيبة منقطعة فيه زيادة نظر للمولى عليه اذ هو متمكن من احراز الكفء الحاضر

... رؤيته غالبا بخلاف الولي الأقرب الذى غاب غيبة منقطعة

(٢) واستدلوا بالمعقول أيضا اذ ثبوت الولاية لحاجة المولى عليه ولا تدفع هذه الحاجه برأى الأقرب لغيبته فكان ملحقا بالعدم وصار كأنه جن او مات اذ الموجود الذي لا ينتفع به هو والعدم الأصلي سواء.

(٣) وقالوا ان ثبوت الولاية للأبعد مع ولاية الأقرب يؤدى الى الفساد لأن الأقرب ربما يزوجها من انسان حيث هو ولا يعلم الأبعد بذلك فيزوجها من غيره فيطؤها الزوج الثاني ويجيء بالأولاد ثم يظهر أنها زوجة الأول وفى هذا من الفساد مافيه.

(٤) وردوا على الامام زفر بأن كون ولاية الأقرب قائمة غير مسلم بل ولايته منقطعة ولا يجوز انكاحه.

(٥) ثم ان نقل الولاية الى السلطان باطل لأن السلطان ولي من لا ولي له. وههنا لها ولي أو وليان فلا تثبت الولاية للسلطان الا عند العضل من الولي ولم يوجد.

١٣٤— وأرى أن الراجح هو القول الأخير وبه تثبت الولاية للولي الأبعد لغيبة الأقرب لا للحاكم لما استند اليه أصحاب هذا الرأى من حجج.

ثم أن القول ببقاء ولاية الأقرب رغم غيبته وأن الولايه تظل كما لوكان حاضرا وأن الولايه لا تثبت لهذا السبب للولي الأبعد ولا للسلطان.

أقول ان هذا الكلام ليس فيه نظر للمولى عليهما لأن

الأبعد الحاضر لا يزوج ولأن السلطان لا يزوج ولأن الولي الأقرب بعيد الغيبه لا يمكن الاتصال به سريعا وهذا فيه تفويت لمصلحة المولى عليها لأن الكفء لا ينتظر كثيرا في العادة والعثور على كفء غيره غير سهل .

كما أن القول بنقل الولاية للسلطان قول لا يستقيم لأن السلطان ولي من لا ولي له وفي هذه المسئله يوجد وليان والمفروض لنقل الولاية للسلطان أن يكون لظلم الولي لأن السلطان حينئذ يتولى رفع الظلم والذى حصل هنا هو غيبة الولي الأقرب فأين الظلم .

بقي الولي الأبعد الحاضر فهو الذى يلي لافتراض الولي الأقرب معدوما كمن مات أو جن .

(المطلب الثاني)

" ماهية الغيبه المنقطعه "

١٣٥— ومادام أن مناط الغيبه الذى تنتقل به الولايه من الولي الأقرب الى الأبعد او الى السلطان على ما مر من الخلاف — هو الانقطاع فهذا يقتضينا استعراض آراء الفقهاء في ماهية الغيبة المنقطعة واختيار الرأى الأنسب .

١٣٦— سبق أن قلت عند استعراض مذاهب الفقه فى ماهية الغيبه المنقطعه أن بعض الفقهاء يعينون بلدين تكون الغيبة من أحدهما الى الآخر منقطعة . ومن هذا القبيل قول الامام ابى يوسف ان الغيبة مابين بغداد والرى هي غيبة منقطعة . وقول الامام محمد ان الغيبة بين الكوفة والرى منقطعه وفى رواية عنه بين الرقة والبصرة .

وعند المالكية تعتبر الغيبة منقطعة فيمن خرج فى المغازى فأقام فى البلاد التى خرجوا اليها مثل الأندلس أو أفريقية أو طنجة أما من خرج تاجرا لا يريد المقام بتلك البلاد فليست غيبته منقطعة .

ومن الآراء أن المكان اذا كان على مسيرة شهر فصاعدا فالغيبة فيه منقطعة وهو رواية عن الامام أبى يوسف .

ومن الآراء أيضا أن الغيبه تكون بعيدة اذا كانت فى موضع

لاتصل اليه القوافل والرسل فى السنه الا مرة واحدة • وهو قـــــول ابن شجاع من الحنفيـه وقد ذهب اليـه كذلك القاضي فى المغـني وعللوه بأن الكفء ينتظـر سنة ولا ينتظر أكثر منها •

ومن الأقوال قول الخرقى من الحنابلـة أن الغيبـة المنقطعـــة تكون فى المكان الذى لا يصل اليـه الكتاب أو يصل فلا يجيـــب عنه وعللـه بتعذر المراجعـــة بالكليـة •

ومن الأقوال ما نسب الى الامام أحمـد وهو أن يكون الأب بعيـد السفـر • وعلـق على ذلـك أبو الخطاب باحتمال أنه يريد السفـــر الذى تقصـر فيه الصـلاة • (١)

ومن الأقوال كذلـك أن بعيد الغيبـة هو الذى يكون فـــى موضـع يفوت الكـفء الخاطب باستطلاع رأيه •

---

(١) عند البعض تقدر مسافـة القصر بيومين قاصدين وهو مذهب ابى عبد اللـــه وقول ابن عباس وابن عمر وذهب اليه مالـك والليث والشافعي واسحاق فعنـــد هؤلاء أن القصـر لا يجوز بأقل من ستة عشر فرسخا والفرسـخ ثلاثة أميــال فيكون ثمانيـة وأربعين ميلا والميل اثنا عشر الف قدم وذلك مسيرة يومـــين قاصدين وقد قدره ابن عباس فقال من عسفان الى مكه ومن الطائف الى مكة ومن جـده الى مكـه •

وقال البعض انه يقصـر فى اليوم ولا يقصـر فيما دونه فقد روى عن ابن عمر انه كان يقصر فى مسيرة عشرة فراسخ وقال ابن المنذر أنه ثبت أن ابن عمـــر كان يقصر الــى ارض له وهي ثلاثون ميلا وروى نحو ذلك عن ابن عباس واليـه ايضا ذهب الأوزاعي وقال عامة العلماء يقولون مسيرة يوم تام وبه أخذ صاحـــب المغنى •

وهذا الرأى هو المرجح عند الكاساني فى البدائع لأنه أقرب الى الفقه اذ التحويل بالولاية على تحصيل النظر فى المولى عليه ودفع الضرر عنه .

وهنالك رأى آخر أن الغيبة البعيدة حدها مالايقع الاتصال به الا بكلفة ومشقة وهو قول أبى بكر من الحنابلة وقد رجح هذا الرأى ابن قدامه فى المغني وقال انه اقرب الى الصواب وأن التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف في هذه المسأله فيرجع فيها الى العرف مما لم تجر العادة بالانتظار فيه . ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج فى مثله .

١٢٧ـ واذا كان لى ان اعلق على هذه التحديدات فأقول ان التحديد بالشهر وبالسنة تحديد تحكمى لم يرد به نص من الشارع ولا يمكن أن يقال ان الخاطب ينتظر الشهر أو السنة ولا ينتظر أكثر من ذلك اذ المشاهد أن كثيرا من الخطاب يستكثرون هذه المدد ولا ينتظرون حتى تنتهى فيغلب عند الأخذ بهذه التحديدات لحوق الضرر

وروى عن ابن مسعود انه كان يقصر فى مسيرة ثلاثة أيام وبه قال الثورى وأبو حنيفه لحديث (يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليهن) وهذا يقتضي ان كل مسافر له ذلك ولأن الثلاثه متفق عليها وليس فى اقل من ذلك توقيف ولا اتفاق .

وروى عن جماعه من السلف ما يدل على جواز القصر فى أقل من يوم فقال الأوزاعى كان أنس يقصر فيما بينه وبين خمسة فراسخ وكان قبيصة بن ذؤيب وهانئ ابن كلثوم وابن محيريز يقصرون فيما بين الرمله وبيت المقدس . وروى عن علي انه خرج من قصره بالكوفه حتى أتى النخيله فصلى بها الظهر والعصر ركعتين ثم رجع من يومه وقال أردت ان أعلمكم سنتكم (المغنى لابن قدامه جـ ٢ ص ٢٥٥ وما بعدها وفيه آراء أخرى وكلام فى الموضوع فليرجع اليه من شاء المزيد) .

بالمولى عليها وعدم النظر اليها وضياع مصلحتها التى لاحت بتقدم الخاطب الكفء لها .

أما تحديد المسافة بالبلاد ، كبين بغداد والرى أو بين الكوفه والرى أو بين الرقة والبصرة أو الخروج فى المغازى بقصد الاقامة فى مثل بلاد الاندلس أو افريقية أو طنجة فكل هذه تحديدات تأثر القائلون بها بما كان سائدا أيامهم فى بعض الجهات ومن ثم فلا يعد هذا أساسا او قاعدة يصار اليها عند تحديد الغيبة البعيدة فى مجال الولاية لا سيما وهذه الأقوال جميعا لا توقيف فيها .

أما القول بأن بعد السفر هو الذى فسره البعض بالسفر الذى تقصر فيه الصلاة فظاهر ان هذا التحديد يعتبر فى الحقيقه قريب الغيبة لا بعيدها اذ لا تلحق المشقة فى الاتصال به بأى طريق ولا اعتبار بالقول ان أساس هذا التحديد هو المسافة التي علقت عليها الأحكام من قصر الصلاة والافطار وما الى ذلك . فليس مقياس الغيبة البعيدة فى الموضوع الذى نحن فيه محسوب على هذا الأساس .

بقي رأيان :-

أولهما : أن الغيبة تكون بعيدة اذا كان الأقرب فى موضع يفوت الكفء الخاطب باستطلاع رأيه . وقد قيل فى هذا الرأى أن التعويل فى الولاية هو على تحصيل النظر فى المولى عليها ودفع الضرر عنها وأن ذلك يتحقق فى الأخذ بهذا المعيار .

وقريب من هذا الرأى الرأى الآخر وهو رأى أبي بكر بان حد الغيبه المنقطعة هو أن لا يقع استطلاع رأيه الا بكلفة ومشقة وقد قالوا فيه أن مبناه العرف وأنه أقرب الى الصواب من أى تحديد فى هذا الأمر .

وأرى أن يترك أمر تحديد الغيبة البعيدة والقريبة الى رأى القاضي فى كل حادثة تعرض عليه لأن الأمر ليس فيه تحديد ولا توقيف يلتزم بل مرده الى العرف والعادة وهما متغيران بحسب الزمان والمكان .

ثم ان الحاصل الآن من سهولة المواصلات وتعدد وسائلها وسرعتها مما يستفاد منه امكان الاتصال فى وقت قصير بأبعد الأماكن على سطح المعمورة — أقول ان هذا يرشح ما قلته من ترك التقدير للقاضي فى خصوص كل مسألة .

(المبحث الثالث)

" امتناع الولي بغير سبب شرعي عن تزويج من تحت ولايته "

" العضل "

(المطلب الأول)

" تعريفه والتمثيل له "

١٣٨ـ العضل في اللغة : المنع والتضييق يقال (عضل عليه : ضيق) وعضل به الأمر اي اشتد كأعضل وأعضله . والمرأة يعضلها مثلثه عضلا وعضلا وعضلانا بكسرهما وعضلها : منعها الزوج ظلما . (١)

والعضل في الشرع : هو امتناع الولي عن تزويج موليته اذا كان الزوج كفئا والمهر مهر المثل مع عدم وجود مبرر

---

(١) تاج العروس ج ٨ ص ٢١ ومما جاء فيه قوله وعضل عليه عضلا ضيق وحال بينه وبين مراده وفي الصحاح عضل عليه تعضيلا وعضل به الأمر أي اشتد عن ابن دريد كأعضل اذا ضاقت عليه به الحيل واصل العضل المنع والشدة وأعضله الأمر عليه وعضل المرأه يعضلها مثلثه قال شيخنا الضم هو الأصح الأعرف وبه ورد الذكر والكسر لغه حكاها في الاقتطاف كابن القطاع وابن سيده واما الفتح فلا يعرف ولا وجه له اذ لاموجب له كما لا يخفى قلت وكأن المصنف يعني بالتثليث أنه من الأبواب الثلاثة نصر وضرب وعلم لا أنه من حد منع كما يتبادر اليه في الذهن فتأمل عضلا بالفتح وعضلا وعضلانا بكسرهما [illegible] تعضيلا اذا منعها الزوج أي من التزويج ظلما .

شرعي لهذا الامتناع (١) .

١٣٩- ومما استدل به على منع العضل ما رواه البخاري (٢) من أن معقل بن يسار قال : زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى اذا انقضت عدتها فقلت له : زوجتك وأفرشتك وأكرمتك وطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود اليك أبدا . وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع اليه فأنزل الله (فلا تعضلوهن ان ينكحن أزواجهن) (٣) فقلت الآن أفعل يا رسول الله قال : فزوجها اياه (٤)

---

(١) راجع في معنى العضل شرعا : الكاساني ج ٢ ص ٢٥٠ - الزيلعي ج ٢ ص ١٢٧ - المدونه الكبرى ج ٢ ص ١٤٤ - الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٦ - مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٣ - المغني ج ٦ ص ٤٧٦ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٨٢ سنة ١٣٨٦ ه سنة ١٩٦٦ وقد جاء في التفريق بين الغيبه والعضل بأن العاضل ظالم بالامتناع فقلم السلطان مقامه في دفع الظلم بخلاف الغائب خصوصا للحج ونحوه - الى أن قال : فهذا يفيد الاتفاق على ثبوت ولاية التزويج بعضل الأقرب للقاضي فقط .

(٢) انظر صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري ج ٣ ص ١٨٣

(٣) سورة البقرة آية رقم (٢٣٢)

(٤) المغني ج ٦ ص ٤٧٦ .

١٤٥ أ — ومن تمثيل العضل :

أن يكون المولى عليه مجنونا ويقول الطب ان الزواج علاج له ولا يقبل الولي مع ذلك تزويجه فانه بهذا الامتناع يكون عاضلا أى ظالما .

ومنه أن يمتنع الولي عن تزويج موليته اذا كان طالب الزواج كفئا والمهر مهر المثل دون أن يكون هناك مسوغ شرعي اذ الامتناع هنا ليس فيه نظر للمولى عليها وفيه ضرر بها بفوات كفئها (١) بخلاف ما اذا طلبت تزويجها بغير كفء ودون مهر المثل فانه لو امتنع لا يكون عاضلا لامتناعه وكذلك لو امتنع لأن هناك كفئا آخر حاضرا يريد هو أن يزوجها منه فانه لا يعد عاضلا لأن الظاهر من شفقته على المولى عليها أنه اختار الأنفع لها . لتفاوت الأكفاء أخلاقا وأوصافا ، واشتراط حضور الكفء الذى يريد هو أن يزوجها منه لأنه اذا لم يكن حاضرا عد عاضلا ووجب تزويجها بالحاضر ولا ينتظر غيره خوفا من فواته وعدم ادراك غيره .

ومن العضل أيضا أن تكون المولى عليها ثيبا ويخطب الخاطب اليها نفسها فيأبى والدها أو وليها أن يزوجها فترفع ذلك الى السلطان وهو دونها في الحسب والشرف الا أنه كفء في الدين فان السلطان يزوجها دون نظر الى قول الأب أو الولى .

---

(١) انظر : الكاساني ج ٢ ص ٢٥٠ — الزيلعي ج ٢ ص ١٢٧ — مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٣ .

(١)
وهو مروي عن الامـــــام مالـــك، ومنه ان يكون الخاطب كفئـــا في الدين دون المال فرضيت به المولى عليها وأبى الولي فقد نسب

---

(١) المدونه الكبرى ج ٢ ص ١٤٤ ط دار الفكر بيروت سنة ١٣٩٨ هـ سنة ١٩٧٨ — المغني ج ٦ ص ٤٧٦ ومما جاء فيه ان الولي يكون عاضلاً اذا امتنع عـــن التزويج بمهر مثلها أو دونه . وبهـذا قال الشافعي وابو يوســـف ومحمد — وقال ابو حنيفه، للأولياء منعها من التزويج بدون مهر مثلها لأن عليهم في ذلك عارا وفيه ضررا على نسائها لنقص مهر مثلهـــن وقد رد صاحب المغني بأن المهر خالص حقها وعوض يختص بها فلـــم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كأجرة دارها ولأنها لو أسقطته بعـــد وجوبه سقط كله فبعضه أولى لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجـــل اراد ان يزوجه (التمس ولو خاتما من حديد) وقال لامرأة زوجـــت بنعلين (أرضيت بنعلين من نفسك قالت نعم فأجازه) وقولهـــم فيه عار عليهم ليس كذلك لأن عمر رضي الله عنه قال : لو كان مكرمـــة في الدنيا او تقوى عند اللـــه كان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليـــه وسلم يعني غلو الصداق .

وقد قال صاحب المغني ان المولى عليها ان رغبت في كفء بعينـــه وأراد تزويجها لغيره من أكفائها وامتنع من تزويجها من الـــذي أرادته كان عاضلا لها — وانظر مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٣ وقد جـــاء فيه انه اذا دعت بالغة عاقلة رشيدة كانت أو سفيهة الى كفء وامتنـــع الولي من تزويجه لأنه انما يجب عليه التزويج من كفء فان دعتـــه الى غيره كان له الامتناع لأن له حقا في الكفاءة — ويؤخذ من التعليـــل انها لو دعت الى عنين أو مجبوب لزمه اجابتها فان امتنع كان عاضـــلا اذ لاحق له في المنع بخلاف ما اذا دعته الى أجذم أو أبرص او مجنون لأنه يعير بذلك .

وليس له الامتناع لنقصان المهر أو لكونه من غير نقد البلد اذا رضيت بذلك لأن المهر محض حقها . ولو امتنع من نكاحها في تزويج التحليـــل

الى مالك أنه أجاب عن نكاح الموالي في العرب فقال : لا بأس بذلك لقوله تعالى (يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ان اكرمكم عند الله أتقاكم) (١) وعليه فان السلطان يزوجها (٢) .

ومن قبيل العضل أيضا أن تخطب البكر الى أبيها فيمتنع من انكاحها أول ما خطبت اليه وقالت هي وهي بالغة زوجني ورفعت أمرها الى السلطان ففي هذه الحال اذا عرف السلطان عضل الأب اياها وضارته لها ولم يمكن منعه من ذلك نظرا اليها فان ذلك منه عضل يكون للسلطان معه أن يزوجها اذا علم أن الأب انما هو مضار في رده وليس بناظر لها وذلك استنادا الى قول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " (٣) اما اذا لم يعرف السلطان في ذلك ضررا فليس له انكاحها حتى يتبين له الضرر (٤) .

ـ فمن بعض المتأخرين انه ان امتنع للخروج من الخلاف أو لقوة دليل التحريم عنده فلا اثم عليه بل يثاب على قصده ومن ثم فلا يعد عاضلا .

(١) سورة الحجرات آية رقم (١٣)

(٢) المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٤٤ ، ١٤٥ ـ الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٦ ومابعدها .

(٣) سبق تخريجه في ص ٨

(٤) المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٤٥ الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٠٦ ومابعدها

(المطلـــب الثانـــى)

الأثر المترتب على
" حكـم العضــــل "

١٤١ـ اذا عضـل الولي فانه يخرج من أن يكون وليا لأن الولاية انمـــا تثبت للنظـر فى مصلحـة المولى عليه لعجـزه عن القيام بمصالحـه وحاجاته بالتصرف على وجـه المصلحـة ، ولا جدال أن المصلحـــة فى الزواج وكونه من كـفء وبمهر المثل فاذا امتنع الولي عن التزويـج للكفء الذى عرض مهـر المثل فانه يكون قد فوت على موليتــــه المصلحـة وأضـر بهـا الأمـر الذى يتنافى مع ما من أجله ثبتــت الولايـة لـه عليهـا . ويترتــب على ذلك أن ولايـــــة التزويـــج تنتقـــل الى القاضـــى لأ ن القاضـــى هو الذى يتولى رفع الظلم ويكون تزويـج القاضـي للمولى عليهـــا نيابـة عن هـــذا الولي الظالـم ومن ثم فان عقد القاضـى يكـــون فى قوة عقده فان كان الولي هو الأب كان عقد القاضـى فى قـــوة عقد الأب وان كان هو الأخ كان عقد القاضـي فى قوة عقد الأخ وهكذا (١)

(١) الكاساني ج ٢ ص ٢٥٠ ـ الزيلعي ج ٢ ص ١٢٧ ـ حاشية ابن عابديـــن الطبعه الثانيـه سنة ١٣٨٦ سنة ١٩٦٦ ج ٣ ص ٨٢ وفيه ان مافي الـــدر عن شرح الوهبانيـه من انتقال الولايـة بالعضـل الى من يلي العاضـــل مخالف لعامة الكتب وما فى البزازيـه والخلاصـه من انتقالها الى الأبعـــد اجمالا فالمراد من الأبعـد القاضـي لأنه آخـر الأولياء . وانظر كذلـك المدونه الكبرى ج ٢ ص ١٤٤ ـ مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥٣ وقد جاء فيـه ان الولايه بالعضـل تنتقل الى السلطان ولا تنتقل للأبعـد جزما . وهـذا محله اذا كان العضل دون ثلاث مرات فان كان ثلاث مرات زوج الأبعـد ـــ

واذا كانت ولاية التزويج تنتقل من العاضل الى القاضي فما هي الصفة التي يزوج بها القاضي ؟ هل يزوج بالولاية العامه أو النيابه الشرعية ٠

جاء في ابن عابدين قوله : اذا خطبها كفء وعضلها الولي تثبت الولاية للقاضي نيابة عن العاضل فله التزويج وان لم يكن في منشوره ولوكان تزويج القاضي بطريق أنه ولي أخير لاحتاج الى النص في منشوره حتى أنه اذا زوج ولم يكن مأذونا له بتزويج الصغار توقف عقده على اجازة السلطان له ٠ (١)

ولابد من ثبوت العضل عند الحاكم لكي يزوج وذلك بأن يحضر الولي والخاطب والمرأة ويأمر الحاكم الولي بالتزويج فيمتنع منه أو يسكت أو تقام عليه البينه ٠ (٢)

— بناء على منع ولاية الفاسق وهذا فيمن لم تغلب طاعاته على معاصيه والا فلا يفسق بذلك ٠

ثم قال وهل المراد هنا بالمرات الثلاث الأنكحة أو بالنسبة الى غرض الحاكم ولو في نكاح واحد قال في المهمات فيه نظر والأوجه الثاني ٠ ووقع في فتاوى المصنف ان العضل كبيره باجماع المسلمين واعترض بأن الذي اختاره الامام في النهايه انه لا يحرم الا اذا لم يكن في الخطه حاكم ٠

قيل وينبغي أن لا يحرم مطلقا اذا جوزنا التحكيم

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٨٢ — نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٢٢٨ وما بعدها مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٥٣ وما بعدها ٠

(٢) مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٥٣ ٠

ويكون الأمر الى القاضي كذلك اذا تعدد الأولياء وكانوا من جهة ودرجة وقوة واحدة واختلفوا فيما بينهم لأن القاضي الذى يحسم هذا الخلاف لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " ... فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له "(١)

---

(١) انظر، الكاساني ج ٢ ص ٢٥١ وما بعدها. وقد جاء فيه انه اذا اجتمع وليان وكانا في الدرجة سواء كالأخوين والعمين ونحو ذلك فلكل واحد منهما أن يزوج رضي الآخر أو سخط بعد أن كان التزويج من كفء بمهر وافر وهذا قول عامة العلماء .

وقال مالك ليس لأحد الأولياء ولاية الانكاح مالم يجتمعوا بناء على أن هذه الولاية ولاية شركة عنده وعندنا ولاية استبداد (الكلام خاص بأن يجتمع في الصغير والصغيرة والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة وليان) .

وجه قوله أن سبب هذه الولايه هو القرابة وانها مشتركه بينهم فكانت الولايه مشتركه لأن الحكم يثبت على وفق العله وصار كولاية الملك فان الجاريه بين اثنين اذا زوجها أحدهما لا يجوز من غير رضا الآخر لما قلنا كذا هذا .

ولنا أن الولاية لا تتجزأ لأنها تثبت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة وما لا يتجزأ اذا ثبت بجملته سبب لا يتجزأ يثبت لكل واحد منهم على الكمال كأنه ليس معه غيره كولاية الأمان بخلاف ولاية الملك لأن سببها الملك وهو متجزىء فيتقدر بقدر الملك .

فان زوجها كل واحد من الوليين رجلا على حدة فان وقع العقدان معا بطلا جميعا لأنه لا سبيل الى الجمع بينهما وليس أحدهما أولى من الآخر . وان وقعا مرتبا فان كان لا يدرى السابق فكذلك لما قلنا ولأنه لو جاز بالتجزىء ولا يجوز العمل بالتجزىء في الفروج . وان عرف السابق منهما من اللاحق جاز الأول ولم يجز الآخر فقد روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم " اذا نكح الوليان فالأول أحق ".

وانظر كذلك السرخسي ج ٣ ص ٢٢٠ وما بعدها الطبعه الثالثة سنة ١٣٩٨ سنة ١٩٧٨ .

الباب الثالث

في أحكام تزويج الأولياء

وفيه فصلان :-

(الفصـــــل الأول)

" أقوال الفقهـــاء فى حكم تزويـــج الأوليـــــاء "

١٤٢ـ الولي قد يكون الأب أو الجد وقد يكون الابن وقد يكون غير هؤلاء من الأقارب وفيما يلي أبين حكم تزويـــج هؤلاء الأولياء كل علـــى حـــده فأبدأ بالكلام عن انكاح الأب والجد ثم عن انكاح الابـــن ثم عن انكاح غير هؤلاء من الأقارب .

١٤٣ـ وقبل أن أتكلـم فيما ذكر أقول ان مبني ولايـــة الاجبار على فاقدى الأهليـــة وناقـصيهما الشفقـــه فى الأولياء وهي باعثـــة على تحـــرى مصالـــح المولى عليه وهذه الشفقـــة ليســـت على درجـــة واحـــــدة عند الأولياء جميعا فهم يختلفون فيها كما أن النظـــر فى مصالــــــح المولى عليـــه يتفاوت تبعا لتفاوت رأى الولـــي كمالا وقصورا .

وعلى سبيل المثال : الأم يتوافر فيهـا كمال الشفقـــه كالأب لكنـــه يزيـــد عليهـا كمال الرأى فلهـــذا قدم عليهـا في الولايـــة .

وعلى ذلـــك تختلـــف الولايـــة فهـــي تكون كاملـــة اذا اجتمـــع للولي مع قوة الشفقـــه كمال الرأى والتدبير وهي لا تكون كاملـــه بل تكون مقيده بالمصلحـــه الظاهـــره اذا نقـص احد الأمرين المذكوريـــــن وهما الشفقـــه وكمال الرأى والتدبير . وفيما يلي تفصيـــل الكـــــــلام فى أقوال الفقهاء فى حكم تزويـــج الأولياء :

(المبحث الأول)

" مذهب الأحناف "

١٤٤- بالبناء على ما تقدم يختلف حكم تزويج الأولياء كما يأتي :

١٤٥- اولا : ان كان الولي هو الأب او الجد من جهة الأب ولم يعرف بسوء الاختيار فان ولايته تكون كاملة فله تزويج الصغير او الصغيرة ومن في حكمهما من المجنونين او المعتوهين ويكون الزواج نافذا لازما حتى ولو كان بغير كفء وبغبن فاحش او يسير وهذا عند ابي حنيفه خلافا للصاحبين.

اما صفة الزواج اذا كان بكفء وبمهر المثل فانه صحيح لازم باتفاق الامام وصاحبيه .

اما الصحه فلأن تصرف الأب او الجد على هذا النحو تمحض نفعا للمولى عليه فينفذ .

واما اللزوم والمراد به هنا ان النكاح لا يقبل الفسخ بخيار البلوغ فهو ثابت بالسنه والمعنى :

أما السنه فلما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم " انه تزوج عائشه رضي الله عنها وهي صغيرة بنت ست سنين وبنى بها وهي بنت تسع وكانت عنده تسعا "(١) ففي المبسوط ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يخير عائشه ولو كان لها الخيار لخيرها ومثل هذا جاء في البدائع .

---

(١) سبق تخريجه في ص ٥٥ .

وفى هــذا دليل ان الصغيره لا خيار لها اذا بلغت وقد زوجها ابوها .

واما المعنى فهو ان الأب تدعــه شفقته الوافره ان ينظــر للصغيرين اكثر ما ينظر لنفسه وبجانب وفور الشفقه فانه تـام الولاية اذ ولايته تشمل المال والنفس كأن الصغيرين قد عقــداه بعد البلوغ ومن ثم فلا يثبت لهما خيار الفسخ .

واما صفة الزواج الحاصل من الأب فى هـذا الفرض من غيــر كفء وبغبن فاحش او يسير فانه كما قلت لازم عند أبي حنيفــه وغير جائــز (١) عند الصاحبين ويكون العقد فى هذه الحالــة غير لازم .

ومستندهما فى ذلك ان التزويج بغير كفء او بغير مهر المثــل ليس فيه مصلحة ظاهره . ولابد من التقيد بالمصلحــة الظاهرة لأن ولايـة التزويج تثبت نظرا فى حــق المولى عليــه .

---

(١) اختلف العلماء فى تفسير قولهما (لا يجوز) فى مسألة المهر فمنهم من فهم ان نفي الجواز منصب على الزياده على مهر المثل والنقصان عنه فأما اصــل النكاح فصحيح لأن المانع هنا من قبل المسمى وفساد التسمية لا يمنع من صحة النكاح كما لو ترك التسميه او زوجها بخمر او خنزيــر ومنهم من فهم ان النكاح هو الذى لا يجـوز وهو الأصح وقد فســره فى الجامع الصغير بذلك .
راجع تبيين الحقائق شرح الكنز للزيلعي ج ٢ ص ١٥١ .

اما الامام ابو حنيفه فدليله ان ابا بكر الصديق زوج ابنته عائشه رضي الله عنهما للنبي صلى الله عليه وسلم على خمسمائة درهم ومهر مثلها كان أضعاف ذلك (١) وفضلا عن هذا فان الأب وافر الشفقه ينظر لولده مالا ينظر لنفسه والظاهر أنه لا يقدم على تزويجه هكذا الا لمصالح أخرى كموافقة الأخلاق وحسن الصحبه والمعاشرة بالمعروف وقلة الأذى ومثله الجد فكان في تصرفه هذا نظر للمولى عليه وليس فيه ضرر يلحق. وليس هذا هو شأن تزويج الأولياء الآخرين لذلك يشترط بالنسبة لهؤلاء وجود المصلحة الظاهرة في التزويج .

وعلى سبيل المثال الأخ والعم فليس لهما قرب الأب وشفقته الوافرة فيحمل تقصيرهما في الكفاءة والمهر على معنى ترك النظر والميل الى الهوى لا على تحصيل المقاصد كلها .

---

(١) مقدار صداق رسول الله اورده الامام مسلم في صحيحه في كتاب النكاح باب اقل الصداق من طريق أبي سلمة بن عبد الرحمن انه قال سألت عائشه زوج النبي صلى الله عليه وسلم كم كان صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت : كان صداقه لأزواجه ثنتى عشرة اوقية ونشا قالت أتدري ما النش — بنون مفتوحه ثم شين محجمه مشدده — قال : قلت : لا ، قالت نصف اوقيه ، فتلك خمسمائة درهم ، فهذا صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم لأزواجه . صحيح مسلم بشرح النووي ج ٩ ص ٢١٥ .

١٤٦- ثانيا : واذا عرف الأب او الجد بالفسق أو بسوء الاختيار قبل العقد وزوج المولى عليه بكفء او زوج بمهر المثل فان العقد يكون نافذا لازما .

اما اذا حصل تزويج المولى عليه بغير كفء او حصل بغير مهر المثل بما لايتغابن الناس فيه عادة فان العقد يكون غير صحيح وقد نعته فقهاء الحنفيه بالبطلان وهذا بالاتفاق بين الامام والصاحبين .

وسبب هذا الحكم ان ولاية النكاح نظرية ولا نظر فى مثل هذا العقد لأنه ظاهر الضرر .

وجواز ان تكون هناك مقاصد أخرى يربو نفعها على هذا الضرر الملموس انما محله ان يكون الولي متزن الرأى حسن التصرف وليس هذا متوافرا فى هذا الغرض فيكون تصرفه على هذا الوجه ضررا محضا .

وانما اشترط معرفة سوء الاختيار قبل العقد لأنه لو لم يعرف سوء اختياره الا بهذا العقد فانه لا يفسد لعدم تحقق مناط الفساد عند مباشرة هذا العقد .

ومثل ظهور سوء الاختيار قبل العقد سكر الولي وعدم صحوه عند مباشرة العقد فلو زوج وهو سكران طفله الصغير من غير كفء أو بالغبن الفاحش لم يصح لأن المفسدة فيه ظاهره لأن الظاهر من حال السكران انه لا يتأمل اذ ليس

له رأي كامل فيبقى النقصان ضررا محضا .(١)

١٤٧— ثالثا : قبل ان اتكلم عن حكم تزويج الابن اقول ان الابن تثبت له الولايه في الانكاح على والديه المجنونين او المعتوهين ولا نزاع في ثبوت هذه الولايه له اذا ما فقد الأب لكل من المولى عليهما المجنونين او المعتوهين. وانما حصل الخلاف في حالة وجود الأب مع الابن :

فالولى عند الامام محمد هو الأب لا الابن لكونه أوفر شفقه واتم نظرا .

اما الامام ابو حنيفة وابو يوسف فمذهبهما في هذه الحال ان الولي هو الابن لأنه المقدم في العصوبه ولا اعتبار لزيادة الشفقه هنا بدلالة منع أبي الأم مع وجود العاصب الأبعد .

١٤٨— وبعد بيان ما تقدم اتكلم عن حكم تزويج الابن في الحالتين المذكورتين :

---

(١) انظر : الأحوال الشخصية للدكتور عبد العزيز عامر ط ١٩٦٢ ص ٧٩ وما بعدها . وانظر ايضا : البدائع ج ٢ ص ٢٤٥ وما بعدها — تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٦٦ ، ٦٧ — تبيين الحقائق شرح الكنز للزيلعي ج ٢ ص ١٢٢ وما بعدها .

(١) ففي الحالة الأولى وهي عدم وجود الأب لا يخلو حكم انكاح الابن لهما عن حكم انكاح الأب او الجد وقد بينت هذا الحكم فيما سبق .

وخلاصة الكلام فيه ان الابن في انكاحه لوالديه المجنونين أو المعتوهين لا يخلو اما ان يزوجهما من الكفء وبمهر المثل اولا .

فان كانت الأولى صح العقد ولزم باتفاق ومن ثم لا يثبت لهما خيار الافاقة وان كان قد زوجهما من غير الكفء أو بالغبن الفاحش فان عرف بسوء الاختيار قبل العقد وقع العقد باطلا باتفاق وان لم يعرف به فعند الامام ابي حنيفة يقع العقد صحيحا لازما وعند الصاحبين غير جائز .

ومعنى كونه لازما انه لا يقبل الفسخ بخيار الافاقه .

(٢) وفي الحالة الثانيه وهي حالة وجود الأب مع الابن .

فاذا زوج الابن فعلى قول الامام محمد هو ليس بولي فلو زوج بدون اذن من الأب لم ينفذ العقد ووقع موقوفا على اجازة صاحب الحق وهو الأب فان أجازه نفذ وان رده بطل كما في عقد الفضولي .

واما عند الامامين ابي حنيفه وابي يوسف فان تزويج الابن لهما يأخذ حكم تزويج الأب على نحو ما تقدم بيانه في حال الانفراد في صفة انكاح الأب وكون عقده كعقد الأب وجهه

ظاهر ذلك لأن الابن اقوى في العصوبة من الأب والجد فلأن تثبت للابن أحكامهما وهو فيها اقوى منهما اولى .(١)

رابعا : واذا كان الولي غير الأب والجد والابن ننظر :

فان زوج المولى عليه بغير كفء أو زوج بغير مهر المثل زيادة او نقصا بما لا يتغابن فيه الناس عادة فان النكاح لا يصح لأن هذه الولاية ولاية نظر وتثبت لمصلحة المولى عليه ، وقد انعدمت المصلحة في هذه الحالة فيقع العقد باطلا .

ولا يقال ان الولي قصد مصالح باطنية في هذا التصرف هي انفع للصغيرين من الصداق والكفاءة فان هذا غير بين لأن الدليل على هذا هو وفور الشفقة ، وكمال الرأي وهذا منتف في غير الأب والجد واذا انتفى دليل النظر في تصرف كهذا ضرره بين تعين ان يكون محض ضرر بلا جابر له فيبطل .

واذا حصل التزويج من الولي في هذا الغرض من كفء وبمهر المثل فان الزواج صحيح نافذ ولكنه غير لازم بمعنى ان يكون لكل من الصغيرين خيار الفسخ وقت البلوغ او وقت العلم بالنكاح اذا بلغ المزوج منهما غير عالم به كما يثبت للمجنونين والمعتوهين خيار الافاقة اذا أفاق ولا يسقط هذا الخيار ولو حصل الدخول قبل البلوغ أو الافاقة .

---

(١) أنظر المراجع السابقة .

هذا وصحة النكاح هنا محل اتفاق بين الامام وصاحبيه امــا لزومه وبعبارة أخرى عدم ثبوت الخيار لهما اذا بلغا او افاقــا ، فهو محل الخلاف بين الطرفين وابي يوسف فهما يثبتان الخيــار للصغيرين اذا أدركا وللمجنونين اذا افاقا .

أما الامام ابو يوسف فعنده يقع النكاح لازما ولا خيار فيــه لأنه يقول ان هذا عقد بولاية مستحقه بالقرابـه فلا يثبت فيــه خيار البلوغ كعقد الأب والجد لأن القرابـه سبب لاستحقــاق الولايـه والقريب يتصرف نظرا للمولى عليـه وهو قائم مقام الأب فـى التصرف فى النفس كالوصي فى التصرف فى المال فكما ان عقــد الوصـي يلزم ويكون كعقد الأب فكذلك عقد الولى .

وقد استدل الطرفان بالمنقول والمعقول .

فالمنقول : هو ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم من انــه زوج أمامه بنت عمه حمزه رضى الله عنهما وهى صغيره من عمــر بن ابى سلمه وقال (لها الخيار اذا بلغــت)(1) فهذا الحديــث صرح باثبات الخيار لها واذا ثبــت الخيار لها فى عاصب هو النبى صلى الله عليه وسلم فلأن يثبــت فى عقد غيره اولى .

والمعقول : هو ان العقد صدر ممن هو قاصر الشفقه فيثبــت لهما الخيار اذا ملكا انفسهما لأن اصل الشفقـه موجــود ولكنها قاصره بالقياس بشفقـة الأب والجد وقد ظهر تأثير هــذا

---

(1) سبق تخريجـه فى ص : ١١١

القصور حكما حتى امتنع ثبوت الولايه فى المال فلاعتبار أصل الشفقه نفذ العقد فى الحال ولاعتبار نقصان الشفقه ثبت لهما الخيار فى الحال حتى يزال الضرر لو كان موجودا بخلاف الأب والجد فانهما لوفور شفقتهما تاما الولايه فلا يحتاج الأمر معهما الى اثبات الخيار .

ويخلص مما قلنا أن صفة نكاح الأخ ومن وراءه ممن ليس بأب ولا جد ولا ابن من بقية الأولياء كالآتي :ـ

اذا زوج من غير كفء أو بغبن فاحش وقع العقد باطلا . وان كان من كفء وبمهر المثل صح العقد ونفذ باتفاق الامام والصاحبين .

واختلف فى لزومه فهو عند الامام ابى يوسف لازم وعند الطرفين مع أنه نافذ الا انه غير لازم فيثبت الخيار للصغيرين اذا بلغا كما يثبت للمجنونين أو المعتوهين خيار الافاقه اذا افاقا .

١٥٠ـ وهذا الذى قيل عن الامام رحمه الله من التعميم فى غير الأب والجد والابن حتى تناول الأم والقاضي هو ظاهر الروايسة فقد قال فى الكنز : ولهما خيار الفسخ بالبلوغ فى غير الأب والجد ووجهما ان ولاية الالزام انما تبنى على الرأى الكامل والشفقه الوافره الموجود فى كل من الأم والقاضى واحد منهما . وعنه فى غير ظاهر الروايه انه لا يثبت لهما الخيار ووجهما ان ولاية القاضي

تامه فانها تحوز الولاية بالنفس جميعا كما أن شفقة الأم فوق شفقة الأب فكانت من القاضي كالأب .

والأول وهو ظاهر الروايه هو الصحيح لأن ولاية الأم والقاضي متأخرتان عن ولاية الأخ بمراحل وقد ثبت الخيار فى عقد الأخ وهو يحجبها فلأن يثبت الخيار فى عقدهما أولى (1) .

<u>وقت ثبوت الخيار :</u>

١٥١ — ذكرت قريبا ان الولي فى النكاح اذا كان غير الأب والجد والابن وقد زوج الصغيرين فان خيار الفسخ يثبت لهما اذا بلغا ومعنى هذا الخيار ان من يثبت له يكون مخيرا بين ان يستمر على النكاح او يفسخ .

ويلحق بالصغيرين المجنونان والمعتوهان اذا أفاقا فيثبت لهما

---

(1) انظر : الأحوال الشخصية للدكتور عبد العزيز عامر ص ٧٩ وما بعدها — البدائع ج ٢ ص ٢٤٥ وما بعدها — تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٦٧ وما بعدها — تبيين الحقائق شرح الكنز للزيلعي ج ٢ ص ١٢٢ وما بعدها ومما جاء فيه ان خيار الفسخ بالبلوغ او الافاقه اذا كان الزواج قد قام به غير الأب والجد والابن وهو قول ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله ولكن ابا يوسف يقول انه لا خيار للصغير ولا للصغيره ولا المجنون والمجنونه هنا لأن النكاح عقد لازم وقد صدر من الولي فلا يفسخ قياسا على الأب والجد وهذا لأن الولايه لم تشرع فى غير موضع النظر صيانه عن الافضاء الى الضرر واذا صح النظر قام عقد الولي مقام عقد المولى عليه بعد بلوغه او افاقته .

الخيار ويسمى هنا (خيار الافاقه) وخيار الافاقه الكلام فيه وفى خيار البلوغ واحد .

١٥٢ـ اما عن وقت ثبوت الخيار فانه يكون بعد البلوغ فلو علم الصغيران بالنكاح قبله وقالا رضينا به فان هذا الرضا ليس مسقطا للخيار ويكون لكل منهما فسخ النكاح اذا بلغ يستوى فى ذلك والأنثى ثيبا كانت أو بكرا ومن ثم فان الرضا قبل البلوغ لا يعتبر شرعا اذ الرضا المعتبر هو الذى يصدر ممن له أهليته وهي بالبلوغ والعقل ولا شك ان ذلك غير موجود قبل البلوغ .

وبناء على هذا يجب على الصغيره اذا بلغت وهي بكر ورأت فسخ العقد ان تبادر الى ذلك فور بلوغها اذا كانت عالمة بالنكاح وفور علمها بعد البلوغ اذا لم تكن علمت به قبل ذلك ولا يمتد خيارها الى آخر مجلس بلوغها او مجلس علمها بالزواج .

فاذا سكتت قليلا من غير اكراه اعتبر هذا مبطلا لخيارها لأن سكوتها رضا بالزواج فلا يقبل منها دعوى الفسخ .
ولا عذر لها ان كانت تجهل ان لها الخيار او تجهل وقته وشروطه لأنه لاعذر لأحد بجهله بأحكام الشريعه .

اما الثيب والغلام فانهما اذا بلغا بعد الدخول وسكتا عند البلوغ

لا يعتبر هذا منهما رضا يسقط الخيار وحقهما فى الفسخ انما يبطل بالرضا بالزواج صراحة أو دلالة ،

أما النص الصريح فكقول احدهما رضيت وأجزت وقبلت واخترت النكاح وما يجرى مجراه .

واما الدلالة فقد تكون قولا وقد تكون فعلا ،

أما القول فكطلب المهر او النفقه وغيرهما من موجبات النكاح .

وأما الفعل فكالدخول ودواعيه وكدفع المهر اذا لم يكن دخل قبل البلوغ والا فلا يفيد الرضا لأنه لابد منه اقام او فسخ وكالتمكين من الوطء وقبض المهر ولا يعتبر سكوتهما رضا فى حقهما حتى يبطل خيارهما به لأن السكوت انما يقام مقام النطق عند الضرورة ولا ضرورة هنا ،

اما الغلام فانه لا يستحي من اظهار الرغبة فى النكاح .

وأما الثيب فقد مارست الرجال فلا تستحى من النطق والناس لا يعيبونها بالنطق بخلاف البكر .

واذا انتفت الضروره التى تدعو الى قيام سكوت الثيب والغلام مقام نطقهما وجب ان لا يبطل خيارهما به لو كان منهما عقيب البلوغ بل يمتد وقت خيارهما حتى يوجد منهما ما يبطله من نص صريح فى الرضا او دلالة هي فى معنى ذلك النص ومن ثم فلا يبطل خيارهما بالقيام من مجلس بلوغهما او مجلس علمهما

بالكلام لاشتغالهما بعمل آخر لا يدل على الرضا اذ ان هـــذه الأمور انما تؤثر في الاختيار لولم يعتبر فيهما صريح الرضا او دلالته فقد جاء في الفتح وغيره ان من بلغت ثيبا وقـــت خيارهـــا العمر لأن سببه عدم الرضا فيبقى الى ان يوجد مايـــدل على الرضا بالنكاح وكـذا الغلام ٠

والبكر فضلا عما ذكرنا مما يبطل خيارها فانها يبطل خيارهـــا ايضا بكل ما يبطــل خيار الثيب والغلام وقد ذكرناه ٠

وكون سكوت البكر مبطلا لخيارها لأن سكوتها دليل الرضا بالنكاح لما يمنعها من الحياء من اظهار الرغبه في النكاح فلو لم يعتبـــر سكوتها رضا بـه وهي لا تنطـق عادة لامتنـع تزويجهـا وهي فـــي أشـد الحاجـه اليـــه والشارع اكتفى بسكوتها ولم يطلب منهـــا الا جواب الرد ففي الحديث " فان كرهت فقولي لا "[1] وقد ذكـــر هذا الحديث في المبسوط وما دام ان حال البكر هكذا من الحيـاء فيكون سكوتها عند البلوغ دليل رضاها اعتبارا لهذه الحاله بحالــة ابتداء النكاح لعدم الفرق ولهذا اشترط لصحـة خيارها واعتبـــاره ان تختار نفسها فور البلوغ حتى لو لم تبادر على هذا النحو فسكتت كان ذلك رضا منها بالنكاح فيبطـل خيارها ٠

---

(١) ذكره السرخسي في المبسوط ج ٥ ص ٤ ولم اقف على تخريجـه ٠

[illegible] سكوتها لا يعتبر رضا بالزوج

الأمر الثاني [illegible] كان [illegible]

[illegible] قالت لا أرضى

[illegible] رضاها ان قالته متصلا ،

والأمر الثالث: ان تكون عالمة بالخيار فلو لم تعلم به لا يبطل خيارها حتى تعلم لتتمكن منه لأن السكوت انما اعتبر رضا دلالة والرضا بالشيء قبل العلم به لا يتحقق كما ان الزوجة تنفرد بالنكاح فكانت معذورة في الجهل به (1) .

٤ ـ ثالثاً: الفسخ يكون بحكم قضائي :..

يشترط للفسخ بخيار البلوغ أو الافاقه ان يحكم القاضي به .

وبناء على ذلك فان الزواج قبل القضاء بالفسخ يظل قائما وتظل الحقوق المترتبه عليه كذلك قائمه ومن ذلك ان للزوج على الزوجه حق الطاعه ولها عليه حق النفقه وهما يتوارثان ان مات احدهما قبل القضاء بالفسخ .

والسبب في اشتراط القضاء بالفسخ ان الفسخ بخيار البلوغ أو الافاقة حق ضعيف اذ هو مختلف فيه، وقد بنى على توهم ترك النظر للمولى عليه لتصور شفقة الولي هنا وهذا الأمر موهم ولذلك احتاج الى القضاء لكشفه .

---

(1) انظر المبسوط للسرخسي ج ٥ ص ٣ وما بعدها .

وزيادة على ذلك فالفسخ رفع لحكم ثابت فالنكاح اوجد حقوقا شرعيه قائمه على اساس شرعي وهذا امر يحتاج فى رفعه الى القضاء لأن كل حق وملك ثبت بأصل شرعي لا يزول الا بالتراضى او بقضاء القاضى .

هذا ويلاحظ ان القضاء شرط لثبوت الفسخ لا لثبوت الخيار وبناء على ذلك اذا تم اختيار المولى عليه لنفسه فانه لا يضر التأخر فى رفع الدعوى بالفسخ أمام القضاء وتظل الزوجية قائمة حتى تفسخ بالحكم .

١٥٥ــ والفرقة هنا ليست طلاقا لأن الخيار يصح من الأنثى ولا طلاق لها ولا يقال ان النكاح لا يحتمل الفسخ فكيف يستقيم جعل الخيار جعله فسخا لأن المراد ان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام وهو النكاح الصحيح النافذ اللازم واما قبل التمام فانه يقبل الفسخ[1] .

١٥٦ــ بينت فيما سبق أحكام تزويج الأولياء وبعبارة أخرى صفة انكاح الولى لدى الأحناف وقلت ان هذه الأحكام تختلف بحسب

---

(١) راجع الأحوال الشخصيه للدكتور عبد العزيز عامر ص ٧٩ حتى ٨٢ ـ تنوير الأبصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٧٠ ـ تبيين الحقائق شرح الكنز للزيلعي ج ٢ ص ١٢٢ وما بعدها ـ البدائع ج ٢ ص ٢٤٠ وما بعدها .

الولي فهو ان كان الأب او الجد أو الابن فله أحوال وان كان غير هؤلاء فله أحوال وقلت أن مدار هذه الأحكام على الشفقة وحسن التدبير وباختلاف هذين تختلف الأحكام على ما بينت آنفا

وفيما يلي بيان حكم تزويج الأولياء في المذاهب الأخرى :

(المبحث الثاني)

" مذهب الحنابلة "

١٥٧ - جاء في المغني في حكم زواج الرجل ابنته البكر أنه لا خلاف بين أهل العلم في ان نكاح الأب ابنته البكر الصغيره جائز اذا زوجها من كفء .

ويجوز له تزويجها مع كراهتها وامتناعها .

والدليل على ذلك .

(١) قوله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن)(١)

فقد جعل تعالى للائي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر الا من طلاق في نكاح او فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا اذن لها فيعتبر .

(٢) وقول عائشه رضى الله عنها " تزوجني النبي صلى الله عليه وسلم وانا ابنة ست وبنى بي وانا ابنة تسع "(٢) متفق عليه ومعلوم انها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر اذنها .

(٣) وروى الأثرم ان قدامه بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له فقال : ابنة الزبير ان مت ورثتني وان عشت كانت امرأتي

---

(١) سورة الطلاق آية رقم ٤
(٢) سبق تخريجه في ص : ٥٥

وزوج علي رضي الله عنه ابنته ام كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنه (١) .

وقول الخرقي : فزوجها من غير كفء . يدل على انه اذا زوجها من غير كفء فنكاحها باطل ، وهو احدى الروايتين عن أحمد وأحد قولي الشافعي لأنه لا يجوز له تزويجها من غير كفء فلا يصح كسائر الأنكحة المحرمة .

ولأنه عقد لموليته عقدا لاحظ لها فيه بغير اذنها فلم يصح كبيعه عقارها من غير غبطة ولا حاجة او بيعه بدون ثمن مثله .

ولأنه نائب عنها شرعا فلم يصح تصرفه لها شرعا لما لاحظ لها فيه كالوكيل

والرواية الثانية : يصح لأنه عيب في المعقود عليه فلم يمنع الصحه كشراء المعيب الذي لا يعلم عيبه (٢) .

---

(١) الاصابة ج ٤ ص ٤٩٢ .

(٢) انظر المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٨٧ وما بعدها ومما جاء فيه قوله : ويحتمل ان لا يصح النكاح اذا علم ان الزوج ليس بكفء ويصح اذا لم يعلم ولأنه اذا علم حرم عليه العقد فبطل لتحريمه بخلاف مالم يعلم كما لو اشترى لها معيبا يعلم عيبه .

ويحتمل ان يصح نكاح الكبيره لأنه يمكن استدراك الضرر باثبات الخيار لها فتفسخ ان كرهت وان لم تفسخ كان كاجازتها واذنها بخلاف نكاح الصغيره على القول بصحته . فان كانت كبيرة فلها الخيار ولا خيار لأبيها اذا كان عالما لأنه أسقط حقه برضاه وان كانت صغيره فعليه الفسخ ولا يسقط برضاه لأنه يفسخ بحظها وحقها لا يسقط برضاه . ويحتمل أن لا يكون له الفسخ ولكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ وتختار . فان كان لها ولي غير الأب فلها الفسخ على ما مضى . وعلى كلتا الروايتين فلا يحل له تزويجها من غير كفء ولا من معيب لأن الله تعالى

١٥٨- حكم تزويج غير الأب :

جاء في المغني أنه ليس لغير الأب اجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة جدا كان او غيره واضاف ان بهذا قال مالك وابو عبيد والثوري وابن ابي ليلي وبه كذلك قال الشافعي الا في الجد فانه جعله كالأب لأن ولايته ولاية ايلاد فملك اجبارها كالأب . وقال الحسن وعمر بن عبد العزيز

- اقامه مقامها ناظرا لها فيما فيه الحظ لها منه كما في مالها ولأنه اذا حرم عليه التصرف في مالها بما لاحظ فيه نفي نفسها اولى .

ومما جاء فيه ايضا عن البكر البالغه العاقله ان هناك روايتين عن احمد احداهما اجبارها على النكاح وتزويجها بغير اذنها كالصغيره وهذا مذهب مالك وابن ابي ليلي والشافعي واسحاق والروايه الثانيه ليس له ذلك واختارها ابو بكر وهو مذهب الأوزاعي والثوري وابي عبيد وابي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر .

وسند هذه الروايه ما روى ابو هريره ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لاتنكح الأيم حتى تستأمر ولاتنكح البكر حتى تستأذن " فقالوا يارسول الله فكيف اذنها قال : " ان تسكت " متفق عليه كما روى ابو داود وابن ماجه عن ابن عباس ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهه فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم - ثم انها جائزة التصرف في مالها فلم يجز اجبارها كالثيب والرجل .

وسنده الروايه الأولى ما روى عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن واذنها صماتها " رواه مسلم وأبو داود .

ووجه الدلاله من هذا الحديث انه لما قسم النساء قسمين واثبت الحق لأحدهما دل على نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها احق منها بها .

وقد دل الحديث على الاستئمار ههنا والاستئذان مستحب في حديثهم ليس

وعطاء وطاووس وقتاده وابن شبرمه والأوزاعي وابو حنيفه ان لغير الأب تزويج الصغيرة ولها الخيار اذا بلغت وقال هؤلاء غير ابي حنيفه اذا زوج الصغيرين غير الأب فلهما الخيار اذا بلغا .

قال ابو الخطاب : وقد نقل عبد الله عن ابيه كقول ابي حنيفة لأن الله تعالى قال (وان خفتم ان لاتقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء)(1) فمفهومه أنه اذا لم يخف فله تزويج اليتيمه . واليتيم من لم يبلغ لقول النبي صلى الله عليه وسلم " لايتم بعد احتلام "(2)

قال عروه سألت عائشه عن قول الله تعالى (وان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى) فقالت هذه اليتيمه تكون في حجر وليها ويشركها في مالها ويعجبه مالها وجمالها فيريد ان يتزوجها بغير ان يقسط في صداقها فيعطيها مثل ما يعطيها غيره فنهوا عن نكاحهن الا ان يقسطوا فيهن ويبلغوا على سنتهن في الصداق .

ولأنه ولي في النكاح فملك التزويج كالأب .

وقد رد صاحب المغنى بحديث " تستأمر اليتيمه في نفسها وان سكتت فهو اذنها وان أبت فلا جواز عليها " رواه ابو داود(3) والنسائي(4)

— بواجب كما روى ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " آمروا النساء في بناتهن " رواه ابو داود . وحديث أبي داود وحديث التي خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسل ويحتمل انها التي زوجها ابوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته فتخييرها لذلك ولأن مالا يشترط في نكاح الصغيره لا يشترط في نكاح الكبيره كالنطق .

(1) النساء آيه (٣)　　(٢) سبق تخريجه في ص ١٠٨
(٣) مختصر سنن ابي داود مع [illegible] التهذيب ج ٣ ص ٣٧ رقم الحديث ٢٠٠٠
(٤) سنن النسائي ج ٦ ص ٨٧ .

وروى عن ابن عمر ان قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : " انها يتيمه ولا تنكح الا باذنها "[1] واليتيمه الصغيره التي مات ابوها .

ولأن غير الأب قاصر الشفقة فلا يلي نكاح الصغيره كالأجنبي وغير الجد لا يلي مالها فلا يستبد بنكاحها كالأجنبي . ولأن الجد يلي بولاية غيره فأشبه سائر العصبات وفارق الأب فانه يدلي بغير واسطه ويسقط الاخوه والجد ويحجب الأم عن ثلث المال الى ثلث الباقي في زوج وابوين او زوجة وابوين .

والآيه محموله على البالغه بدليل قوله تعالى (اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن)[2] وانما يدفع الى الكبيره او نحملها على بنت تسع .[3]

---

(١) سبق تخريجه في ص : ١٠٨

(٢) سورة النساء آية رقم (١٢٧)

(٣) المرجع السابق ص ٤٨٩ وما بعدها ومما جاء فيه ان الجاريه اذا بلغت تسع سنين ففيها روايتان: احداهما انها كمن لم تبلغ تسعا نص عليه في رواية الأثرم وهو قول مالك والشافعي وابي حنيفه وسائر الفقهاء قالوا: حكم بنت تسع سنين حكم بنت ثمان لأنها غير بالغه ولأن اذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح .
والرواية الثانيه حكمها حكم البالغه نص عليه في رواية ابن منصور لمفهوم الآيه ودلالة الخبر بعمومها على ان اليتيمه تنكح باذنها وان أبت فلا جواز عليها وقد انتفى به الاذن فيمن دونها فيجب حمله على من بلغت تسعا .
وقد روى الامام احمد باسناده عن عائشه رضى الله عنها " انها قالت: اذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة . ولأنها بلغت فيه سنا يمكن فيه —

١٥٩- وفي حكم تزويج الولي الثيب الصغيره ذكر المغني وجهين :

أحدهما : لا يجوز تزويجها وقد قال انه ظاهر قول الخرقي واختاره بعض فقهاء الحنابله وهو مذهب الشافعي .

ويستدل لذلك بعموم الأخبار وبأن الاجبار يختلف بالبكاره والثيوبه لا بالصغر والكبر والصغيرة هنا ثيب .

وفضلا عن ذلك فان في تأخيرها فائدة هي ان تبلغ فتختار لنفسها ويعتبر اذنها فوجب التأخير بخلاف البكر .

والوجه الثاني ان لأبيها تزويجها ولا يستأمرها وقد اختار هذا الرأى بعض الحنابله وهو أيضا قول مالك وابي حنيفه .

واستندوا في ذلك على انها صغيرة فجاز اجبارها كالبكر والغلام ويحقق ذلك انها لا تزيد بالثيوبة على ما حصل للغلام بالذكورية ثم ان الغلام يجبر ان كان صغيرا فكذا هذه .

والأخبار محمولة على الكبيره فقد جعلتها احق بنفسها من وليها والصغيرة لاحق لها (١) .

= حيضا ويحدث لها حاجة الى النكاح فيبلح تزويجها كالبالغة . جامع الترمذى بشرحه تحفة الأحوذى ج ٤ ص ٢٤٧ .

فعلى هذا اذا زوجت ثم بلغت لم يكن لها خيار كالبالغة اذا زوجت وقد خطب عمر أم كلثوم ابنة ابى بكر بعد موته الى عائشه رضى الله عنها فأجابته وهي لدون عشر لأنها انما ولدت بعد موت أبيها وانما كانت ولاية عمر عشرا فكرهته الجاريه فتزوجها طلحه بن عبيد الله ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها .

(١) المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٩٢ وما بعدها وقد قال بعد ما ذكر في الصلب انه يتخرج وجه ثالث وهو ان بنت تسع سنين يزوجها وليها باذنها ومن دون ذلك على ما ذكر من الخلاف كما ذكرنا في البكر .

وفي تزويج الولي المجنونة أنها ان كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك اجبارها لأنه اذا ملك اجبارها [illegible] مع [illegible] وامتناعها فمع عدمه أولى .

وان كانت ممن لا يجبر انقسمت ثلاثة اقسام :

أحدها : ان يكون وليها الأب او وصيه كالثيب الكبيرة فهذه يجوز لوليها تزويجها وقد ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي لأنه جعل للأب تزويج المعتوه فالمرأة أولى :

وهذا هو قول الشافعي وابي حنيفه ومنع منه ابو بكر لأنها ولاية اجبار وليس على الثيب ولاية اجبار وقد قال صاحب المغني ان الأول اصح فان ولاية الاجبار انما انتفت عن العاقله لرأيها لحصول المباشره منها والخبره وهذه بخلاف ذلك وكذلك الحكم في الثيب الصغيره اذا قلنا بعدم الاجبار في حقها اذا كانت عاقله .

والقسم الثاني ان يكون وليها الحاكم ففيه وجهان :

أحدهما ليس له تزويجها بحال لأن هذه ولاية اجبار فلا تثبت لغير الأب كحال عقدها .

والثاني : له تزويجها اذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت او صغيرة وهو اختيار ابن حامد وابي الخطاب وقول ابي حنيفه لأن بها حاجة اليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل الى اذنها فأبيح تزويجها كالثيب مع أبيها .

وكذلك ينبغي ان يملك تزويجها ان قال اهل الطب ان علتها تزول بتزوجها لأن ذلك من اعظم مصالحها .

وقال الشافعي لا يملك تزويج صغيرة بحال ويملك تزويج الكبيرة اذا قال أهل الطب ان علتها تزول بتزوجها .

وقد رد على ذلك بأن المعنى المبيح للتزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة اذا ظهرت منها شهوة الرجال ففي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها فأشبه مالو قال اهل الطب أنه يزيل علتها .

وتعرف شهوتها من كلامها وقرائن احوالها كتتبعها الرجال وميلها اليهم .

والقسم الثالث : خاص بمن وليها غير الأب والحاكم وقد قال القاضي هنا : انه لا يزوجها غير الحاكم ومن ثم تأخذ حكم القسم الثاني على ما بينا آنفا .

وقال ابو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج موليته فيها وهذا قول ابي حنيفة لأن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقله .

ووجه قول القاضي ان الحاكم هو الناظر لها في مالها دونهم فيكون وليا دونهم ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت الى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعرى .

فان كان لها وصي في مالها لم يتملك تزويجها لأنه ولاية في نكاحها والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الأب والحاكم على ما ذكرنا (1) .

---

(1) المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٩٦ وما بعدها .

١٦١ — وعن حكم تزويج الولي ابنته بدون صداق مثلها فهذا النكاح يثبت بالمهر المسمى أما اذا فعل ذلك غير الأب فانه يثبت ويكون لها مهر المثل .

وجملة الكلام في هذا الأمران الولي اذا كان هو الأب فله تزويج ابنته بدون صداق مثلها بكرا كانت أو ثيبا صغيرة كانت أو كبيرة وبهذا قال ابو الخطاب ومالك .

وقال الشافعي ليس له ذلك فان فعل فلها مهر مثلها لأنه عقد معاوضه فلم يجز ان ينقص فيه عن قيمة المعوض كالبيع ولأنه تفريط في مالها وليس له ذلك .

وقال المجيزون للأب انكاح بنته بدون صداق المثل ان عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال : ألا لا تغالوا في صداق النساء فما اصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا من نسائه ولا أحدا من بناته اكثر من ثني عشرة أوقيه (١) وقد كان هذا القول بمحضر من الصحابه ولم ينكره أحد منهم فكان اتفاقا منهم على ان له ان يزوج بذلك وان كان دون صداق المثل .

وقالوا ايضا ان سعيد بن المسيب زوج ابنته بدرهمين وهو من سادات قريش شرفا وعلما ودينا ومن المعلوم انه لم يكن مهر مثلها .

---

(١) أخرجه ابو داود في سننه في كتاب النكاح باب الصداق رقم ٢٠٢٠ مختصر السنن مع المعالم والتهذيب ج ٣ ص ٤٦ وقال المنذري عقبه : ابو العجفاء اسمه هرم بن نسيب قال يحيى بن معين بصري ثقه ، وقال البخاري : وفي حديثه نظر ، وقال ابو أحمد الكرابيسي حديثه ليس بالقائم .

ولأنه ليس المقصود من النكاح العوض ولكن المقصود السكن والازدواج ووضع المرأة عند من يكفيها فى منصب ويصونها ويحسن عشرتها والظاهر من الأب مع تمام شفقته وبلوغ نظره أنه لا ينقصها من صداقها الا لتحصيل المعاني المقصوده بالنكاح فلا ينبغى ان يمنع من تحصيل المقصود بتفريت غيره .

ويفارق عقد النكاح سائر عقود المعاوضات فان المقصود فيها العوض فلم يجز تفويته .

وما ذكر هو حكم تزويج الأب اما غير الأب فليس له ان ينقص موليته من مهر مثلها فان زوج بدون ذلك صح النكاح لأن فساد التسميه وعدمها لا يؤثر فى النكاح ويكون لها مهر مثلها لأنه قيمة بضعها وليس للولى نقصها منه فرجعت الى مهر مثلها .

١٦٢— ومن صفة تزويج غير البالغ والمعتوه ذكر المغني فى هذا الأمر فصولا أربعه :

١٦٣— أما الفصل الأول فقال انه ليس لغير الأب او وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه .

وقال القاضي فى المجرد للحاكم تزويجه لأنه يلي ماله .

وقال الشافعي يملك ولي الصبي تزويجه ليألف حفظ فرجه عند بلوغه .

— واخرجه الترمذى فى سننه فى كتاب النكاح باب ما جاء فى مهور النساء رقم ١١٢٢ وقال عقبه : هذا حديث حسن صحيح . تحفة الأحوذى ج ٤ ص ٢٥٥ .
والحديث أخرجه الامام احمد فى المسند مطولا ومختصرا برقم ٢٨٥ ، ٢٨٧ ، ٣٤٠ بتحقيق احمد شاكر وقد اقام الأدلة على صحته ووصله .

وقال في المغني ان هذا غير سديد فان غير الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام اولى وفارق الأب وصيه فان لهما تزويج الصغيره بولاية الاجبار وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن فانه لا اذن لــه •

١٦٤- واما الفصل الثاني ففي المعتوه وهو الزائل العقل بجنون مطبق فليس لغير الأب ووصيه تزويجه وهذا قول مالك •

وقال ابو عبد الله بن حامد للحاكم تزويجه اذا ظهر منه شهوة النساء بأن يتبعهن ويريدهن وهذا مذهب الشافعي لأن ذلك من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها اذنه •

وينبغي على هذا القول ان يجوز تزويجه اذا قال اهل الطب ان في تزويجه ذهاب علته لأنه من اعظم مصالحه •

١٦٥- واما الفصل الثالث فان للأب او وصيه تزويجهما سواء كان الغلام عاقلا او مجنونا وسواء كان الجنون مستداما او طارئا •

فاما الغلام السليم من الجنون فلا يعلم بين اهل العلم خلاف في ان لأبيه تزويجه وممن قالوا بذلك ابن المنذر وهو مذهب الحسن والزهري وقتاده ومالك والثوري والأوزاعي واسحاق والشافعي واصحاب الرأى •

ومما استندوا اليه ما روى ان ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصما الى زيد فأجازاه جميعا رواه الأثرم باسناده •

فأما الغلام المعتوه فلأبيه تزويجه •

وقال الشافعي لا يجوز لأنه يلزمه التزويج حقوقا من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجز له ذلك كغيره من الأولياء •

وقد رد فى المغني بأنه غير بالغ فملك أبوه تزويجه كالعاقل ولأنه اذا ملك تزويج العاقل مع أنه مع احتياجه الى التزويج رأيا ونظرا لنفسه فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك اولى وفارق غير الأب فانه لا يملك تزويج العاقل .

واما البالغ المعتوه فظاهر كلام احمد والخرقى ان للأب تزويجه مع ظهور امارات الشهوه .

وقال القاضي انما يجوز تزويجه اذا ظهرت منه امارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب الشافعي لأن فى تزويجه مع عدم حاجته اضرارا به بالزامه حقوقا لا مصلحة له فى التزامها .

وقال ابو بكر ليس للأب تزويجه بحال لأنه رجل فلم يجز اجباره على النكاح كالعاقل .

وقال زفر ان طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجز تزويجه وان كان مستداما جاز .

ولنا انه غير مكلف فجاز لأبيه تزويجه كالصغير فانه اذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته فى الحال وتوقع نظره عند الحاجه فهمنا أولى .

ولنا على التسوية بين الطارئ والمستدام انه معنى يثبت الولاية فاستوى طارئه ومستدامه ولأنه جنون يثبت الولايه على ماله فأثبتها عليه فى النكاح كالمستدام .

فأما اعتبار الحاجه فلابد منه فانه لا يجوز لوليه تزويجه الا اذا رأى المصلحة فيه غير ان الحاجة لا تنحصر فى قضاء

الشهوة فقد تكون حاجته الى الايواء والحفظ وربما كان دواء لـه ويترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة (١) .

١٦٦- وأما الفصل الرابع فان وصي الأب في النكاح بمنزلته على ما ذكر في ثبوت الولاية للوصي على المرأة وفي هذا من الخلاف مثلما فيه وانما يثبت ذلك لوصي الأب في التزويج خاصة .

فان كان وصيا في المال لم تكن له ولاية في التزويج لأنه انما يستفيد بالتصرف بالوصية فلا يملك مالم يوص به اليه .

ووصي غير الأب لا ولاية له على صبي او مجنون لان الموصي لا يملك ذلك ووصيه اولى (٢) .

١٦٧- ومن حكم تزويج الغلام غير البالغ او المجنون بالزياده في المهر على مهر المثل ذكر القاضي انه لا يجوز ان يتزوج لهما بزيادة على مهر المثل لأنه معاوضه في حق الغير فلم تجز الزياده فيهما

---

(١) انظر المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٩٩ وما بعدها ومما جاء فيه كذلك قوله ان من يفيق في الأحيان لا يجوز تزويجه الا باذنه لأن ذلك ممكن ومن أمكن ان يتزوج لنفسه لم تثبت الولايه عليه كالعاقل . ولو زال عقله ببرسام او مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل فان ذلك لا يثبت الولايه على ماله فعلى نفسه اولى وان لم يرج زواله فهو داخل فيما ذكرناه .

(٢) المرجع السابق ص ٥٠٠ وما بعدها ومما جاء فيه ايضا قوله : وان تزوج لصغير او مجنون فانه يقبل لهما النكاح ولا يجوز ان يأذن لهما في قبوله لأنهما ليسا من اهل التصرف .

وان كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول اليه حتى يتولاه لنفسه كما يفوض امر البيع اليه ولأنه يملك ايقاع الطلاق بنفسه . وان تزوج له الولي جاز كما يجوز ان يبتاع له وهذا على الروايه التى تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه - وان قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى .

على عوض المثل كبيع ماله وهذا مذهب الشافعي .

وقد ذكرنا ان للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها فهذا مثله فانه قد يرى المصلحة في ذلك فجاز له بذل المال فيه كما يجوز في مداواته بل الجواز ههنا أولى فان الغالب ان المرأة لا ترضى بتزويج مجنون الا ان ترغب بزيادة على مهر مثلها فيتعذر الوصول اليه بدون ذلك بخلاف المرأه .

وذكر القاضي في المجرد ان قياس المذهب انه لا يزوجه بأكثر من امرأه واحده لعدم حاجته الى زيادة عليها فيكون بذلا لما له فيما لا حاجة به اليه وذكر في الجامع ان له تزويج ابنه الصغير بأربع لأنه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه بمعيبة عيبا يرد به النكاح لأن فيه ضررا به وتفويتا لما له فيما لا مصلحة له فيه .

فان فعل خرج في صحة النكاح وجهان :ـ

فان قلنا يصح فهل للولي الفسخ في الحال ؟ على وجهين مضى توجيههما في تزويج الصغيره بمعيب . ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبي او عقل المجنون فلهما الفسخ (١) .

---

(١) المرجع السابق ص ٥٠١

(المبحث الثالث)

" مذهب الشافعية "

١٦٨- عن احكام تزويج الأولياء لدى الشافعيه فقد قلت على ما مر في موضعه ان للأب ولاية الاجبار وهي تعطيه حق تزويج ابنته البكر صغيرة او كبيرة عاقلة أو مجنونة مالم يكن بينهما عداوة ظاهرة وذلك بغير اذنها استنادا على خبر الدارقطني " الثيب احق بنفسها من وليها والبكر يزوجها ابوها "(١) ورواية مسلم " والبكر يستأمرها ابوها "(٢). ولأنها لم تمارس الرجال فهي شديدة الحياء .

اما اذا كان بينها وبينه عداوة ظاهرة فليس له تزويجها الا باذنها بخلاف العداوه غير الظاهره .

وقد ذكر مغني المحتاج لتزويج الأب ابنته بغير اذنها شروطا خلاصة أهمها :

١) ان لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة وقد مر ذكره .

٢) ان يكون التزويج من كفء .

٣) ان يكون بمهر المثل .

٤) ان لا يكون الزوج معسرا بالمهر .

---

(١) سبق تخريجه بنحو اللفظ المذكور في ص : ٦٨

(٢) " " في ص : ٦٤

٥) ان لا يزوجها ممن تتضرر بمباشرته كأعمى وشيخ هرم •

وقد اختلف في هذه الشروط هل هي شروط لصحة النكاح بغير الاذن او شروط لجواز الاقدام فقط ؛

وقد قالوا ان من هذه الشروط ما هو معتبر لصحة النكاح ومنها ما هو معتبر لجواز الاقدام فقط •

فما اشترط للصحة بغير اذن ان لا يكون بينهما عداوة ظاهرة وان يكون الزوج كفئا وان يكون موسرا بمال الصداق وما عدا هذه الشروط هي شروط لجواز الاقدام •(١)

والجد ابو الأب وان علا كالأب عند عدمه او عدم أهليته فيما ذكرنا ووكيل الأب والجد كالأب والجد •(٢)

---

(١) مغني المحتاج ج ٣ ص ١٤٩

(٢) المرجع السابق وكذلك ص ١٥٧ و ص ١٥٨ فقد جاء فيهما ان للولي المجبر التوكيل في التزويج من موليته بغير اذنها ولا يشترط في جواز توكيل المجبر تعيين الزوج للوكيل في الأظهر لأنه يملك التعيين في التوكيل فيملك الاطلاق به كما في البيع وسائر التصرفات • والثاني يشترط ذلك لاختلاف الأغراض باختلاف الأزواج وليس للوكيل شفقة تدعو الى حسن الاختيار • واجاب الأول بأن شفقة الولي تدعو الى انه لا يوكل الا من يثق بنظره واختياره • ويحتاط الوكيل حتما عند الاطلاق فلا يزوج غير كفء لأن الاطلاق مقيد بالكفء فان زوج بغير الكفء لم يصح •

١٦٩ — ويلزم الولي المجبر تزويج مجنونة بالغة ومجنون ظهرت حاجته .

والمقصود بالولي المجبر هنا الأب او الجد .

واللزوم في المجنونة محله ان يكون جنونها مطبقا وان تكون بالغة محتاجة ولو ثيبا لاكتسابها المهر والنفقة وربما كان جنونها لشدة الشبق .

وفي المجنون يعتبر البلوغ والجنون المطبق وظهور حاجته للنكاح بظهور رغبته فيه اما بدورانه حول النساء وتعلقه بهن او بتوقع شفائه بالوطء بقول عدلين من الأطباء لظهور المصلحة المترتبة على ذلك .

فان تقطع جنونهما لم يزوجهما حتى يفيقا ويأذنا ومعلوم أن ذلك في غير البكر ويشترط وقوع العقد في حال الافاقة (١) .

١٧٠— وجاء في تزويج الأب او الجد بكرا صغيرة او بالغة غير كفء وذلك بغير رضا البالغة ففي الأظهر التزويج المذكور باطل لأنه على خلاف الغبطة لأن ولي المال لا يصح تصرفه بغير الغبطه فولي البضع أولى . وفي الآخر يصح وللبالغه الخيار في الحال وللصغيرة ايضا اذا بلغت الخيار (٢) .

---

(١) المرجع السابق ص ١٥٩

(٢) المرجع السابق ص ١٦٤ ، ص ١٦٥ — المجموع التكملة الثانية ج ١٦ ص ١٦٥ وما بعدها من نسخة مصوره نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

وفي مغني المحتاج ايضا ان الكفاءه المعتبره في النكاح لا تسقط للعاق وليست شرطا في صحته بل هي حق للمرأه والولي فلهما اسقاطها ٠

وقالوا بناء على ذلك انه اذا زوجها الولي المنفرد كأب او عم غير كفء برضاها او زوجها بعض الأولياء المستوين كاخوة واعمام برضاها ورضا الباقين ممن في درجتهم غير كفء صح التزويج لأن الكفاءة حقها وحق الأولياء فان رضوا باسقاطها فلا اعتراض عليهم ٠ واحتج له في كتاب الأم بأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج بناته من غيره ولا أحد يكافئه ٠ (١)

وقال في مغني المحتاج ايضا ان قوله برضاها يشمل اذا كانت

---

(١) مغني المحتاج ج ٣ ص ١٦٤ وقد عقب السبكي على مافي الصلب بقوله : الا ان يقال ان ذلك جاز للضروره لأجل نسلهن كما جاز لآدم تزويج بناته من بنيه ٠

ثم قال في مغني المحتاج ان النبي صلى الله عليه وسلم امر فاطمه بنت قيس وهي قرشية بنكاح اسامه وهو مولى للنبي صلى الله عليه وسلم أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الطلاق باب المطلقة البائن لا نفقة لها ٠ صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٠٤ ٠ وفي الدارقطني ان أخت عبد الرحمن ابن عوف وهي هاله كانت تحت بلال وهو مولى لأبي بكر أخرجه الدارقطني في سننه ج ٣ ص ٣٠١ الى ٣٠٢ رقم الحديث ٢٠٧ ـ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب النكاح باب لا يرد نكاح غير الكفء اذا رضيت به الزوجه ج ٧ ص ١٣٧ ٠ وفي الصحيحين ان المقداد تزوج ضباعه بنت الزبير بن عبد المطلب وكانت قرشيه والمقداد ليس بقرشي أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب النكاح باب الأكفاء في الدين ٠ صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري ج ٩ ص ١٣٢ رقم ٥٠٨٩ ـ وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الحج باب جواز

حجر استؤذنت من غير كفء فسكتت وهو المذهب (١) .

وجاء في مغني المحتاج ايضا ان القول بالأولياء المستوين يعتبر زيادة بيان لأن كلام الأصحاب يقتضي ان الأبعد لا يكون وليا مع الأقرب (٢) .

ولو زوجها أحد المستوين بغير الكفء برضاها دون رضا باقي المسئولين لم يصح التزويج به لأن لـه حقا في الكفاءة فاعتبر رضاه كرضا المرأه (٣) .

ثم قال انه يستثني من اطلاقه مالو زوجها بمن به جب أو عنة برضاها فانه يصح ولا يعتبر رضا الباقين بذلك (٤) .

ويجرى القولان المنوه عنهما في الهامش السابق في تزويج الأب أو الجد بكرا صغيرة او بالغة غير كفء .

— اشتراط المحرم التحلل بعذر المرض ونحوه . صحيح مسلم بشرح النووى ج ٨ ص ١٣١ .

(١) المرجع السابق وقد قال انه يستوي في ذلك الرشيده والسفيهة فاذا رضيت السفيهة بغير كفء صح وان كانت محجورا عليها لأن الحجر انما هو في المال خاصة .

(٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٦٤ وقد قال شرحا لما في الصلب ويدل لذلك قول المصنف ولو زوجها الأقرب غير كفء برضاها فليس للأبعد اعتراض اذ لاحق لـه الآن في التزويج لكن قال السبكي : لو قيل انه ولي لأنه قريب الا ان الأقرب يقدم عليه في الاستحقاق لم يبعد وحينئذ لابد من قيد المستوين ليخرج الأبعد وان قيل الأبعد وان لم يكن له ولاية لكنه يلحقه العار لنسبه فلم لا يشترط رضاه أجيب بأن القرابه تنتشر كثيرا فيشق اعتبار رضاهم ولا ينضبط فوقف عنه فالوجه قصره على الأقربين .

(٣) المرجع السابق

(٤) المرجع السابق وفيه قوله : وما لو رضوا بتزويجها بغير كفء ثم خالعها الزوج ثم زوجها أحدهم به برضاها دون رضا الباقين فانه يصح لرضاهم به اولا وان خالف في ذلك البعض . وفي معنى المختلع الفاسخ والمطلق رجعيا اذا أعاد زوجته بعد البينونه وكذلك المطلق قبل الدخول وفي قول نص عليه في الاملاء يصح ولهم الفسخ لأن النقصان يقتضي الخيار لا البطلان كما لو اشترى معيبا .

وقوله بغير رضاها قيد في البالغة ففي الأظهر التزويج المذكور باطل لأنه على خلاف غبطته لأن ولي المال لا يصح تصرفه بغير غبطته فولي البضع اولى .

وفي الآخر يصح وللبالغة الخيار في الحال وللصغيرة ايضا اذا بلغت لما مر (١) .

---

(١) المرجع السابق ص ١٦٤ — ١٦٥ ومما جاء فيه ان من ليس لها ولي خاص لو طلبت ان يزوجها السلطان او نائبه بغير كفء ففعلا لم يصح تزويجه به في الأصح لأنه نائب المسلمين ولهم حظ في الكفاءه . والثاني يصح كالولي الخاص وصححه البلقيني وقال : ان ما صححه المصنف ليس بمعتمد وليس للشافعي نص شاهد له ولا وجه له فان قيل يدل لذلك خبر فاطمه بنت قيس السابق أجيب بأنه ليس فيه انه صلى الله عليه وسلم زوجها اسامه بل اشار عليها به ولا يدري من زوجها فيجوز ان يكون زوجها ولي خاص برضاها ولو كان لها ولي ولكن زوجها السلطان لغيبته او عضله او احرامه فلا تزوج الا من كفء قطعا لأنه نائب عنه في التصرف فلا يصح ذلك مع عدم اذنها .

وقد تكلم بعد ذلك في الكفاءه من حيث معناها اللغوي والشرعي وبينها ببيان خصائصها اى الصفات المعتبره فيها ليعتبر مثلها في الزواج وهي خمسة منها :

السلامه من العيوب المثبته للخيار في النكاح كالجنون والجذام والبرص ومنها الحريه والنسب بأن تنسب المرأه الى من تشرف به بالنظر الى من ينسب الزوج اليه .

(المبحث الرابع)

" مذهب المالكية "

١٧١ — في مذهب الامام مالك جاء في المدونة ان الأب يجوز له أن يزوج ابنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها وقد نسب هذا القول للامام مالك فقد قال ان الأب يجوز له انكاح ابنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها اذا كان انما زوجها على وجه النظر لها .

وقال في المدونة ايضا ان امرأة سألت مالكا ولها ابنة في حجرها وقد طلق الأم زوجها عن ابنة له منها فأراد الأب ان يزوجها من ابن اخ له فأبت فأتت الأم الى مالك رضي الله عنه فقالت له : ان لي ابنة وهي موسرة مرغوب فيها وقد أصدقت صداقا كثيرا فأراد ابوها ان يزوجها من ابن أخ له معدما لا شيء له افترى أن أتكلم قال نعم اني لأرى لك في ذلك متكلما .

قال ابن القاسم فأرى ان انكاح الأب اياها جائز عليها الا ان يأتي من ذلك ضرر فيمنع من ذلك .

وقد قال في المدونة ايضا انه لا يجبر أحد أحدا على النكاح عند مالك الا الأب في ابنته البكر وفي ابنه الصغير وفي امته وعبده . (١)

---

(١) المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٤٠ وما بعدها ومما جاء فيها ايضا قوله : أرأيت لو ان رجلا زوج ابنته بكرا فطلقها زوجها قبل ان يبنى بها او مات عنها أيكون للأب ان يزوجها كما يزوج البكر في قول مالك قال نعم (قلت) وان بنى بها فطلقها او مات عنها (قال) مالك اذا بنى بها فهي أحق بنفسها .
(قلت) أرأيت ان زنت فحدت اولم تحد ايكون للأب ان يزوجها كما يزوج البكر في قول مالك قال نعم في رأيي .

(الفصل الثاني)

" مناقشة أقوال الفقهاء والترجيح "

١٧٤- بعد عرض اقوال فقهاء المذاهب كل مذهب على حده في صفة النكاح الولى يجدر بي ان أجمع في صعيد واحد بين هذه الأقوال في شيء من المقارنة فأقول ان أحوال الولى وصفة تزويجه لا تخرج عن ما يأتي :-

---

= (قلت) فان يزوجها تزويجا حراما فدخل بها زوجها فجامعها ثم طلقها اومات عنها ولم يتباعد ذلك أيكون للأب ان يزوجها كما يزوج البكر في قول مالك (قال) أرى انه ليس له ان يزوجها كما يزوج البكر لأنها انما افتضها زوج وأن كان نكاحا فاسدا الا ترى انه نكاح يلحق فيه الولد ويدرأ به الحد (قال) مالك وتعتد منه في بيت زوجها الذي كانت تسكن فيه وجعل العدة فيه كالعدة في النكاح الحلال فهذا يدلك على خلاف الزنا في تزويج الأب اياها .

قلت أرأيت الجاريه يزوجها ابوها وهي بكر فيموت عنها زوجها أو يطلقها بعدما دخل بها فقالت الجارية ما جامعني وكان الزوج أقر بجماعها أيكون للأب ان يزوجها كما يزوج البكر ثانيه أم لا . في قول مالك (قال) سألت مالكا عن الرجل يتزوج المرأه ويدخل بها ويقيم معها ثم يفارقها قبل ان يمسها فترجع الى أبيها اهي في حال البكر في تزويجه اياها ثانيه أم لا يزوجها ابوها الا برضاها (قال) قال مالك اما التي طالت اقامتها مع زوجها وشهدت مشاهد النساء فان تلك لا يزوجها الا برضاها وان لم يصبها زوجها واما اذا كان الشيء القريب فاني ارى له ان يزوجها .

(قال) فقلت لمالك فالسنه (قال) لا أرى له ان يزوجها وأرى ان السنه طول اقامه فمسألتك هكذا اذا أقرت انه لم يطأها وكان أمرا قريبا جاز النكاح الأب عليها لأنها تقول انا بكر وتقر بأن صنيع الأب جائز عليها ولا يضرها ما قال الزوج من وطئها . وإن كان قد طالت اقامتها فلا يزوجها الا برضاها أقرت بالوطء أم لم تقر .

١٧٣- أولا : - اذا كان الولي المجبر أبا أو جـدا لأب ولم يعرف بالفسق ولا بسوء الاختيار فولايته على الصغيرين ومن في حكمهما كاملـــــة ومن ثم فالزواج الذي يجريـه الولي نافذ لازم عند ابي حنيفه وصاحبيه ما دام من كفء، وبمهـر المثل وذلـك لتمحض العقد نفعــــا للمولى عليـه فينفـذ .

واما اللزوم ومعناه هنا عدم قبول النكاح الفسخ بخيـــار البلوغ فهو ثابت بالسنه والمعنى :

اما السنه فقد تزوج الرسول صلى الله عليه وسلم عائشـــة رضي الله عنها وهي صغيرة ولم يخيرها ولو كان لها الخيار لفعل.

واما المعنى فشفقة الأب وافره فهو ينظر للصغيرين اكثر ما ينظر لنفسه وهذا الحكم المذكور للزواج في هذا الفرض من حيـــث النفاذ واللزوم عليه اجماع أهل العلم .

واذا حصل الزواج في هذا الفرض من غير كفء او بغبن فاحش فهو لازم عند ابي حنيفـة رضي الله عنه .

ومما استند اليه في ذلـك ان زواج ابي بكر عائشـة رضي اللـه عنهما للرسول صلى الله عليه وسلم كان على خمسمائـة درهم وهو دون مهر مثلها بكثير كما ان الأب وافر الشفقـه ينظر لولده مالا ينظـر لنفسه والظاهر انه - ما دام حسن الرأي والتدبير - لا يقـدم على زواج كهذا الا لمصالح أخرى راجحـه كموافقـة الأخـــلاق وحسن الصحبة والمعاشرة بالمعروف - ومثلـه الجـد لأب .

ومن ذهب هذا المذهب الامام مالك رضي الله عنه فقد جوز

تزويج الأب ابنته الصغيره بدون مهر المثل ما دام الزواج قد تم على وجه النظر لها •

وهو قول صاحب المغني وابي الخطاب وغيرهم فعندهم ان تزويج الأب ابنته صغيرة او كبيره بكرا او ثيبا بدون صداق المثل يثبت •

وقال الصاحبان ان الزواج هنا لا يجوز (١) فيكون عندهما غير لازم لعدم المصلحه الظاهره لأن الولاية في التزويج تثبت نظرا للصغيرين فلابد من التقيد بالمصلحه الظاهره •

وقد قال الشافعي رضي الله عنه هنا ايضا ان التزويج يشترط لصحته ان يكون الزوج كفئا فلو حصل بغير كفء ففي الأظهر التزويج باطل لأنه على خلاف الغبطه • وفي القول الآخر يصح التزويج وللصغيره اذا بلغت الخيار وهو في هذا القول • يتفق مع الصاحبين •

وعند الشافعي كذلك ليس للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها بكرا او ثيبا صغيرة او كبيره لأنه عقد معاوضه فلم يجز ان ينقص فيه عن قيمة المعوض كالبيع ولأنه تفريط في مالها وليس له ذلك •

١٧٤— ورأى ان ما ذهب اليه الامام أبو حنيفه ومن معه هو الأقوى حجة لأن الأب والجد هنا لم يعرفا بالفسق ولا بسوء

---

(١) سبق ان علقنا على كلمة (لا يجوز ونحيل فيما يتعلق بالمعنى المقصود من هذه الكلمه الى ما سبق .

الاختيار ومن شأن من كانت هذه حالـه ان لا يزوج موليته من غيـر كفء او بدون مهر المثل الا اذا كان في اعتباره تحقيق مصالـح أخرى لموليته ترجح مالم يراع من كفاءه ومهر مثل .

ولنا في زواج عائشة رضي الله عنها بدون مهر المثل أسوة وكذلك الحال في زواج نساء الرسول صلى الله عليه وسلم وبناته فقد كـان دون مهر المثل بكثير .

وقد زوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين مع انه كان رفيـع القدر نسبا وعلما .

ثانيا : وان عرف الأب والجـد بالفسـق او بسوء الاختيار قبل العقد ننظر : فان كان الزواج بكفء وبمهر المثل فهو نافـذ لازم . وعلى هذا الحكم اجماع اهل العلم .

وان كان الزواج بغير كـفء او بدون مهر المثل فالعقـد ليـس بصحيح لدى الامام أبي حنيفـة وصاحبيـه . وقد نعتـه علماء الحنفيـه بالبطلان لأن ولايـة النكاح نظريـة ومثل هـذا العقد ليـس فيه نظـر لأنه ظاهر الضـرر (١) .

ولا يقال هنا بجواز ان تكون هنالك مقاصـد أخرى أنفع لمن هـي تحـت الولايـه اذ محل هذا ان يكون الولي متزن الرأى حسن التصرف الأمـر غير المتوافر هنا فيكون تصرف الولي على هذا الوجه ضـررا محضـا .

---

(١) المبسوط للسرخسـي ج ٥ ص ١٢

وهذا الحكم هو الأظهر لدى الشافعيه فعندهم ان هذا الزواج بغير كفء باطل لكونه على خلاف الغبطه . وفى الآخر يصح وللبالغه الخيار فى الحال وللصغيره ايضا اذا بلغت الخيار.

والقول بالبطلان هو كذلك احدى الروايتين عن أحمد لأنه عقد لاحظ لها فيه فلم يصح .

والروايه الثانيه فلأنه عيب فى المعقود عليه لم يمنع الصحه كشراء المعيب الذى لا يعلم عيبه . ويحتمل ان لا يصح النكاح اذا علم ان الزوج ليس بكفء ويصح اذا لم يعلم .

ويحتمل ان يصح نكاح الكبيره لأنه يمكن استدراك الضرر باثبات الخيار لها فتفسخ ان كرهت وان لم تفسخ كان كاجازتها واذنها بخلاف الصغيره على القول بصحته .

فان كانت كبيره فلها الخيار ولا خيار لأبيها اذا كان عالما لأنه اسقط حقه برضاه .

وان كانت صغيرة فعليه الفسخ ولا يسقط برضاه لأنه يفسخ لحظها وحقها لا يسقط برضاه .

ويحتمل ان لا يكون له الفسخ ولكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ وتختار .

وقد قال فى المغنى : وعلى كلتا الروايتين فلا يحق له تزويجها من غير كفء لأنه أقيم ناظرا لها فيما فيه الحظ لها فيه ولأنه حرم عليه التصرف فى مالها بما لاحظ لها فيه ففي نفسها أولى .

١٧٥ — وأرى ان القول بعدم الصحة الذى عليه الحنفيه والأظهر لدى الشافعيه واحدى الروايتين عن الامام أحمد هو الراجح عندى لأن ولاية النكاح اساسها النظر لصالح المولى عليه وليس فى هذا العقد مصلحة ظاهرة له بل هو ظاهر الضرر به .

ولا يقال ان هناك مصالح أخرى راجحه ينتفع بها المولى عليه لأن الولي فى هذا الفرض ليس حسن الرأى والتدبير فلا يتصور منه حسن الاختيار .

وفضلا عن ذلك فالقول بالصحه والحق فى الفسخ ليس من شأنه منع الضرر فى كثير من الأحوال لأن الفسخ يحتاج لحكم القضاء وليس كل أحد يلجأ للقضاء فقد يحصل القصود عن ذلك فيتأكد الضرر وليس كل قاض يعدل ثم ان القضاء قد تطول اجراءاته ويكون الدخول والولد مما يتسع معه نطاق الضرر .

ثالثا : وفى صفة تزويج الابن فقد يكون مع الأب وقد لا يكون مع الأب :

١٧٦— (١) فاذا كان مع الأب فان الامام محمدا يقول ان الولي هو الأب لا الابن وبناء على هذا اذا زوج الابن فعقده غير نافذ فى حق المولى عليه لأن الذى زوج ليس بولى ويكون العقد موقوفا على اجازة صاحب الحق فيه وهو الأب فان أجازه نفذ وان لم يجزه بطل .

والامامان ابو حنيفه وابو يوسف يقولان ان صفة تزويج الابن هنا كصفة تزويج الأب لأنه أقوى عصوبة من الأب والجد فهو أولى ان تثبت أحكامهما له .

١٧٧- واني مع ابي حنيفة وابي يوسف لظهور حجتهما في قوة عصوبة الابن عن الأب والجد ولا يقال ان الابن قد لا يرغب في تزويج والديه بخلاف الأباء المدار في الولاية هنا على قوة العصوبة وهي من شأنها ان تدفع الولي لاختيار الأصلح للمولى عليه .

١٧٨- (٢) واذا لم يكن مع الابن الأب فان حكم تزويج الابن لوالديه المجنونين او المعتوهين هو حكم تزويج الأب والجد لدى الحنفية وخلاصته انه ان كان بكفء وبمهر المثل فانه صحيح لازم باتفاق وعلى هذا ليس لهما خيار الافاقة .

وان كان الزواج بغير كفء او بدون مهر المثل فان عرف الابن بسوء الاختيار قبل العقد كان العقد باطلا باتفاق وان لم يعرف به فالامام ابو حنيفه يقول ان العقد صحيح لازم والصاحبان يقولان هو غير جائز .

ومعنى اللزوم عدم الفسخ بخيار الافاقة .

١٧٩ - رابعا : صفة تزويج غير الأب والجد والابن .

اذا كان الولي غير الأب والجد والابن وزوج من في ولايته بغير كفء او بغير مهر المثل زيادة او نقصا بما لا يتغابن فيه الناس عادة فان الأحناف على ان النكاح لا يصح بل يقع باطلا لأن الولاية هنا ولاية نظر للمولى عليه وقد انعدمت المصلحة في هذا الزواج .

واذا زوج الولي بكفء وبمهر المثل فالعقد صحيح نافذ باتفاق الامام وصاحبيه .

اما اللزوم فمختلف فيه اذ يثبت الطرفان خيار الفسخ للصغيرين اذا أدركا وللمجنونين اذا أفاقا .

والامام ابو يوسف يقول هنا ان العقد لازم فلا يقبل الفسخ استنادا على انه قد عقد بولاية مستحقة بالقرابه فلا يثبت فيه خيار البلوغ كعقد الأب والجد .

وقد استدل الطرفان بالمنقول والمعقول .

اما المنقول فقد زوج الرسول صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزه رضي الله عنه وهي صغيرة وقال " لها الخيار اذا بلغت"(1) واذا كان هذا في عقده صلى الله عليه وسلم ففي عقد غيره أولى .

واما المعقول فان العقد صدر ممن هو قاصر الشفقه بالقياس على شفقة الأب والجد فيهما لوفور الشفقه تاما الولايه بخلاف غيرهما .

١٨٠— وأني أرى ان مسلك الامام ابي حنيفه ومحمد هو الأقوم سبيلا لما بني عليه من دليل نقلي وعقلي .

وقول ابي يوسف ان العقد عقد بولاية مستحقه بالقرابة فلا يثبت فيه خيار البلوغ لا يجدى اذ مع التسليم بذلك فان هذه القرابه دون قرابة الأب والجد فالأخيره أقوى

---

(1) سبق تخريجه في ص : ٢٠٢

وهما اكثر شفقة فلا تستوى الحالتان فى الحكم .

١٨١ ـ هذا وحكم تزويج غير الأب لمن تحت ولايته بأنقص من مهر مثلها وذلك لدى الحنابلة هو صحة النكاح لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر فى النكاح ويكون لها مهر المثل .

(البـــاب الرابـــع)

ويشتمل هذا الباب على الفصــول الآتيـــــــة : -

الفصــل الأول : في ولايــة الاختيــــــــــــــار

الفصل الثانــي : في حكم انعقاد النكاح بعبــارة النســاء

الفصل الثالث : ما يتحقــق بــه الرضـــــــــا

(الفصل الأول)

" ولاية الاختيار "

١٨٢- تقدم فى مستهل الكلام عن الولاية القول بأنها تنقسم الى ولاية اجبار وولاية اختيار وأن الأحناف يسمون هذه الأخيرة ولاية ندب واستحباب .

وولاية الندب والاستحباب هذه هي الولاية على الحرة البالغة العاقله بكرا كانت أو ثيبا وهذه الولاية تسمى هكذا فى قول الامام ابي حنيفه وزفر وقول لأبى يوسف.

وفى قول أبى يوسف الآخر وعند الأئمه مالك والشافعي وأحمد تسمى ولاية اختيار أو ولاية شركة .

وبالبناء على ذلك فان الحرة البالغة العاقلة اذا زوجت نفسها فلها ذلك عند أبي حنيفة ومن معه يستوى أن تكون قد زوجت نفسها من كفء أو من غير كفء بمهر وافر أو قاصر .

على أنها اذا زوجت نفسها من غير كفء فان الأولياء يكون لهم حق الاعتراض .

وكذلك الحال اذا زوجت نفسها بمهر قاصر عند ابي حنيفة فللولي طلب اكمال المهر لمهر المثل او فسخ العقد .

غير انه مع ما تقدم فانهم يقولون انه يستحب للمرأه ان تكل امر زواجها لاحد أوليائها الأقربين وهذا هو معنى تسمية الولايه هنا تبعا لهذا الرأى بولاية

الندب أو الاستحباب[1]٠

أما الفريق الآخر فانهم يقولون بان الولايه على الحره البالغه العاقله هي ولاية اختيار وشركه ومقتضى هذا ان المراه عندهم ليس لها ان تنفرد بأمر زواجها بل يجب ان يشترك معها في الاختيار وليها فلابد من رضا المراه ورضا الولي في اختيار الزوج ولذلك سميت هذه الولايه عند هؤلاء بأنها ولاية اختيار وشركه ٠

وليس ذلك فقط بل عندهم الولي هو الذى يتولى صيغة العقد لأن النساء عندهم لا ينعقد عقد الزواج بعبارتهن مطلقا ولكن يجب حصول الرضا منهن بالزواج على ما تقدم بيانه[2] ٠

١٨٣- وقد استدل الامام ابو حنيفه لرأيه بالكتاب والسنه والقياس٠

---

(١) راجع في ذلك البدائع ج ٢ ص٢٤٧ وما بعدها - الزيلعي ج ٢ ص١١٧ ، وما بعدها - المبسوط للسرخسي ج ٣ ص ٩ ، ١٠ وما جاء فيه قوله انه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان رجلا زوج ابنته وهي كارهة وهي تريد عم صبيانها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينها وبين الرجل الذى زوجها منه ابوها ثم زوجها عم ولدها وهذه المراه كانت ثيبا لأن الراوى قال وهي تريد عم صبيانها فهذا دليل على ان نكاح الأب الثيب لا ينفذ بدون رضاها وهو مجمع عليه ٠ ولا يكون للشافعي حجة علينا في هذا الحديث في البكر لأن ضد هذا الحكم في حق البكر مفهوم والمفهوم ليس عندنا بحجة ولأنه خص الثيب بالذكر وتخصيص الثيب بالذكر لا يدل على ان الحكم في غيرها بخلافه ثم ان في هذا الحديث دليلا على ان اختيار الأزواج اليها لا الى الولي ٠

(٢) مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٠

اما القرآن فمنه قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره)(١) وقوله تعالى (فلا جناح عليهما ان يتراجعا ان ظنا ان يقيما حدود الله)(٢) فذلك فيه تصريح بأن النكاح ينعقد بعبارة النساء لأن فيه تصريحا بأن النكاح صادر منهن.

واما السنه فمنها قول الرسول صلى الله عليه وسلم " الأيم أحق بنفسها من وليها "(٣) والأيم اسم لامرأة لا زوج لها .

ومنها ما روى ان رجلا زوج ابنته وهي كارهه وهي تريد عم صبيانها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينها وبين الرجل الذي زوجها منه ابوها ثم زوجها عم ولدها وهذه المرأه كانت ثيبا(٤) ففي هذا الحديث ان نكاح الأب الثيب لا ينفذ بدون رضاها وتخصيص الخبر الثيب بالذكر لا يدل على ان الحكم في غيرها بخلافه ثم في هذا الحديث دليل على ان اختيار الأزواج الى المرأه لا الى الولي لأنها هي التى تعاشر الأزواج فانما تحسن العشره مع من تختاره دون من يختاره الولي ثم ان في الحديث ايضا دليلا على ان الولي اذا امتنع عن التزويج زوجها الامام لأن الأب هنا امتنع من تزويجها ممن ارادت فزوجها الرسول صلى الله عليه وسلم بولاية الامامه(٥) .

---

(١) سورة البقره آية رقم ٢٣٠

(٢) سورة البقره آية رقم ٢٣٠

(٣) سبق تخريجه في ص ٢٠٥

(٤) لم أعثر على تخريجه

(٥) السرخسي ج ٣ ص ١٠٩ ، البدائع ج ٢ ص ٢٤٧ ــ الزيلعي ج ٢ ص ١١٧ ، وما بعدها .

واما استدلالهم بالقياس فلأن المرأه لما بلغت عن عقل وحريــــة فقد صارت وليــة نفسها فى النكاح كالصبي العاقل اذا بلــغ .

ثم ان الولايــة تثبت على الصغيره فى النكاح لكونه تصرفـــا نافعا لها متضمنا مصلحــة الدين والدنيا وهي محتاجــة اليه حــالا ومآلا فى حين أنها عاجزة عن احراز ذلـك بنفسها وبالبلـــوغ عن عقل يزول هذا العجز فتزول ولايــة الغير عنها وتثبت الولايـــة لها لأن الولايــه الشرعيــه انما ثبتت بالضرورة فتزول بزوالهـــا .

وفضلا عن ذلـك فالبالغة تتولى أمر مالها من غير ان يكون لأحــد سلطان عليها فيه ولا فرق بين أمر مالها وامر نفسها اذ العلــة هي كمال الولايــه فاذا بلغــت عاقلــة كملت ولايتها فكان لها أمــر نفسها كما يكون لها امر مالها (١)

١٨٤– اما الرأي الآخــر فقد استدل القائلون به بحجــج منها : –

قوله تعالي (فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن) (٢) فقد قالـــوا انه لولا ان الولي له ولايــة التزويــج لما منع من العضــل .

وقوله تعالي (وانكحوا الأيامي منكم) (٣) فقد قالوا ان هذا خطاب للأولياء والأيم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا او ثيبا .

ومما استدلوا به كذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا يزوج النساء الا الأولياء " (٤) وقوله " لا نكاح الا بولي وشاهدى عــــدل" (٥)

---

(١) المراجع المذكورة

(٢) سورة البقرة آيــه رقم ٢٣٢

(٣) سورة النور آيه رقـم ٣٢

(٤) لم أعثر على تخريجــه

(٥) سبق تخريجه فى ص ٤٤

ومما استدل به هؤلاء على وجوب اشتراك الولي فى الاختيار قوله عليه الصلاة والسلام " ايما امرأه انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل وان دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " (١)

وقالوا كذلك ان عقد الزواج ليس كالعقود الماليه وهو اعظم منها خطرا ثم ان التخلص من أثاره صعب بخلافها .

والمصلحه داعية لاشتراك الولي فى الاختيار لأنه اكثر من المرأه معرفة بالرجال واقدر على الحكم بغير عاطفه او هوى وعار العقد يلحقه كما يلحقه خساره . (٢)

١٨٥ـ ومقتضى رأى ابي حنيفه ان المرأه اذا زوجت نفسها من غير كفء فعلى ظاهر الروايه يكون للولي حق الاعتراض ومعنى هذا ان العقد يكون صحيحا نافذا ولكنه غير لازم .

---

(١) سبق تخريجه فى ص ٢٣٠

(٢) راجع فيما ذكر فى الصلب : البدائع ج ٢ ص ٢٤٧ وما بعدها ـ الزيلعي ج ٢ ص ١١٧ وما بعدها ـ المبسوط ج ٣ ص ٩ وما بعدها ـ مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٠ ـ المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٩١ وما بعدها وما جاء فيه قوله ان الأب اذا زوج ابنته الثيب بغير اذنها فالنكاح باطل وان رضيت بعد .

وقال ان البنت تنقسم قسمين كبيره وصغيره فأما الكبيره فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها الا باذنها فى قول عامة اهل العلم الا الحسن قال : له تزويجها وان كرهت . والنخعى قال : يزوج بنته اذا كانت في عياله فان كانت بائنه فى بيتها مع عيالها استأمرها .

قال اسماعيل بن اسحاق لا اعلم احدا قال فى البنت بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنه فان الخنساء بنت خذام الأنصاريه روت أن اباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم —

وعلى رواية الحسن بن زياد يكون العقد فاسداً اذا كان لها ولي عاصب وقد رجح هذا الرأى الكمال بن الهمام فى فتح القدير لأنه ليس كل أحد يرفع الأمر الى القضاء وليس كل قاض يقضى بيسر من غير مشقه وقد يحصل دخول فى أثناء ذلك فيكون منه الولد فلا يرفع العار ولا ترجى مصلحه .

وقال بعض الفقهاء ان الولي له الاعتراض حتى تلد .

والحق البعض الحمل الظاهر بالولاده .

١٨٦- واذا زوجت العاقله البالغه نفسها بأقل من مهر المثل فالامام ابوحنيفه يجعل للولي حق الاعتراض حتى يكمل المهر بمهر المثل والا يفسخ العقد .

وقال الامام ابو يوسف ان الولي ليس له الاعتراض لأن هذا ليس موضع عار لازم ولأن لها الاسقاط مهما تكن التسميه فلا فائده فى الاعتراض ورفعه الى مهر المثل ثم اسقاطه بعد ذلك.(١)

- فرد نكاحه وقد روى هذا البخاري والأئمه كلهم . انظرفتح البارى ٩ : ١٩٤ قال ابن عبد البر هذا الحديث مجمع على صحته والقول به لا نعلم مخالفا له الا الحسن وكانت الخنساء من أهل قباء وكانت تحت انيس بن قتاده فقتل عنها يوم احد فزوجها ابوها رجلا من بني عمرو بن عوف فكرهته وشكت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها ونكحت ابا لبابه بن عبد المنذر.

وروى أبو هريره ان الرسول صلى الله عليه وسلم قال " لاتنكح الأيم حتى تستأمر " متفق عليه . وقال " الأيم احق بنفسها من وليها " وروى ابن عباس رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم " ليس للولي مع الثيب أمر " رواه النسائي وابو داود .

ولأنها رشيده عالمه بالمقصود من النكاح مختبره فلم يجز أجبارها عليه كالرجل . وراجع كذلك المدونه الكبرى ج ٢ ص ١٤٠ وما بعدها - الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٠١١ .

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٤٧ وما بعدها - الزيلعي جـ٢ ص ١١٧ وما بعدها .

١٨٧— واني على كل حال أرجح في هذا الأمر رأى الجمهور لما بني عليه من أدلة سائغة فضلا عن ان المرأة مهما بلغت من العلم والدرايه فان هذا لا ينفي أنها تسير في الجمله وراء العاطفه لا وراء العقل .

ثم ان القول بأن المرأه حين تتزوج تتصرف في خالص حقها هو قول غير مسلم لأن الزواج ليس حقها خالصا بل فيه حق للأولياء لما قد يلحقهم من العار والأذى اذا اختارت المرأه غير الكفء أو تزوجت بدون مهر مثلها .

ثم ان قياس انكاح المرأه نفسها بدون اذن وليها على تصرفها في مالها هو قياس مع الفارق لأن أمر النكاح خطير وله آثار عميقه تدوم بخلاف المال .

والأخذ بقول الجمهور يصلح من حال الأسر ويقضي على أسباب النزاع الناشئ من اهمال رأى الولي .

وسوف أزيد هذا الأمر بيانا لدى التعرض بالكلام لانعقاد النكاح بعبارة النساء وذلك في الفصل الآتي ، وفي الفصل الذي بعده سأتكلم عما يتحقق به الرضا وذلك لأن لهذين الموضوعين صلة وثيقة بولاية الاختيار التي هي موضوع الفصل الذي ختمته بهذا الكلام .

(الفصـــل الثانـــي)

" حكم انعقاد النكاح بعبارة النســاء "

(المبحث الأول)

" مذاهب الفقه في الموضوع "

" المطلـب الأول "

" المذهـب الحنفـي "

١٨٨- لدى الأحناف في انعقاد النكاح بعبارة النساء سبع روايات .

١٨٩- روايتان عن الامام أبي حنيفة احداهما تجوز مباشرة العاقلــة البالغة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا بكرا كانت أو ثيبا كفئــا كان الزوج او غير كفء ولكن هـذه الروايـه خلاف المستحب ويكون للولي حـق الاعتراض اذا كان الزوج غير كفء ويتبع عن الاعتـراض فسخ العقـد اذا انتفى رضاه مطلقا صراحـة او دلالة ويجـب ان يقضي القاضي بالفسخ لأنه فصل في أمر هو محل خلاف ولكـل دليلـه فلا ينقطع النكاح الا بحكم القاضي بفسخه . وهذا الرأي هو ظاهر الروايه عن الامام أبي حنيفـة .

١٩٠- والروايـة الثانيـة هي روايـة الحسـن عنه ومفادها ان المرأة ان عقدت مع الكفء جاز وان مع غيره لا يصح وقد اختيرت هـذه الروايـه للفتوى . وقد قيـد الفقهاء بطلان النكاح على هـذه الروايـه اذا زوجـت نفسها بغير كفء بأمرين .

أحدهما : ان يكون لها ولي وان لم يكن صح العقد لأن عدم الصحة انما كان لدفع الضرر الذي يلحق الأولياء وبانقراضهم لا يتصور وقوع الضرر بهم .

اما ما يرجع الى حقها فانها أسقطته برضاها بهذا الزواج من غير الكفء لها .

والثاني : أن لا يصرح الولي بالرضا قبل العقد مع علمه بعدم كفاءة الزوج فاذا صرح الولي بالرضا على هذا الوجه صح العقد لأنه بصريح الرضا قد أسقط حقه .

وان رضي بعد العقد لم يفد الرضا لأن البطلان تقرر قبل الرضا وكذلك اذا كان منه الرضا قبل العقد ولم يعلم بعدم الكفاءة أو لم يبد منه ما يدل على الرضا وسكت لأن سكوته هنا لا يعد رضا .

والذي يؤخذ مما سبق ان العقد على هذه الروايه يصح في ثلاث صور هي :-

ان تزوج نفسها من كفء او تزوج نفسها من غير كفء مع عدم الولي أو تزوج نفسها من غير كفء ولها ولي رضي صراحة قبل العقد بعدم الكفاءه .

وفيما عدا هذه الحالات لا يصح العقد على رواية الحسن .

وقد فاتنا ان هذه الروايه قد عللت بأنه من واقع لا يفسح وليس كل ولي يحسن المطالبة والمخاصمة ولا كل قاض يعدل ولو أحسن الولي وعدل القاضي فقد يترك أنفه التردد على أبواب

الحكم استقلالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له (١) .

١٩١ — ويمكن القول بناء على ذلك وبعد البيان المتقدم ان الروايتين المذكورتين عن الامام ابي حنيفه تتفقان في نفاذ النكاح اذا لم يكن للزوجة ولي مطلقا يستوي في ذلك ان يكون الزوج كفئا أوغير كفء . وكذلك اذا كان لها ولي وكان الزوج كفئا او غير كفء ولكن هذا الولي قد رضي به قبل العقد مع علمه بأنه غير كفء .

وهما قد اختلفتا فيما اذا كان لها ولي وكان الزوج غير كفء فعلى ظاهر الرواية النكاح صحيح نافذ ولكنه غير لازم اذ يقبل الفسخ بطلب الولي وبحكم القضاء . وعلى رواية الحسن يقع النكاح باطلا فلا تترتب عليه أحكامه ومنها على سبيل المثال أن لا يحل الوطء ولا يقع الطلاق ان كان ولا توارث بينهما .
فرضا الولي في ظاهر الروايه شرط لزوم وعلى رواية الحسن هو شرط صحة في نكاح غير الكفء .

١٩٢ — يبقى بيان الولي الذي يعتبر رضاه . فان كان واحدا فرضاه هو المطلوب وان تعددوا ولم يتساووا كان المعتبر هو رضا أقربهم وان تساووا فرضا البعض كرضا الكل عند الطرفين لثبوته لكل منهم كاملا ذلك لأنه حق واحد ثبت بسبب لا يتجزأ كولاية أمان وقود . ولدى أبي يوسف وزفر لابد من رضا الكل لأنه حق لهم كلهم فيلزم لسقوطه رضا كلهم كالدين المشترك .

---

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار ج ٣ ص ٥٦ ، ٥٧ .

١٩٣- ورويت عن ابي يوسف ثلاث روايات ،

لا يجوز مطلقا اذا كان لها ولي ثم رجع الي الجواز من الكفء لا من غيره ثم رجع الي الجواز مطلقا من الكفء وغيره .

ومفاد هذا ان الامام أبا يوسف استقر علي رواية واحده وهي الجواز مطلقا .

١٩٤- وعن الامام محمد روايتان ، -

انعقاده موقوفا على اجازة الولي فان أجازه نفذ والا بطل الا أنه اذا كان كفئا وامتنع الولي يجدد القاضي العقد ولا يلتفت اليه وهذا من قبيل رفع الظلم فرفع الظلم من اختصاص القاضي ؛

والروايه الأخرى هي رجوعه الي ظاهر الروايه من الجواز مطلقا وثبوت حق الاعتراض للولي اذا كان الزوج غير كفء .

١٩٥- وقد علق الكمال ابن الهمام في الفتح على ما تقدم ذكره بقوله ؛ انه تحصل أن الثابت الآن هو اتفاق الثلاثه على الجواز مطلقا من الكفء وغيره وهو ما ذكره السرخسي .

واما على ما ذكره الطحاوى من ان قوله المرجوع اليه عدم الجواز الا بولي وكذا الكرخي في مختصره حيث قال ؛ وقال ابو يوسف لا يجوز الا بولي وهو قوله الأخير ورجح قول الشيخين لأنهما اقدم واعرف بمذاهب الحنفيه .

لكن ظاهر الهدايه اعتبر ما نقله السرخسي والتعويل عليه حيث قال ؛ عند ابي حنيفه وأبي يوسف في ظاهر الروايه . وعن ابي يوسف انه لا ينعقد الا بولي .

واذا جاز من غير الكفء على ظاهر المذهب فللولي أن يفرق بينهما على ما هو مذكور فى فصل الكفاءه .

ويؤخذ مما ذكر ان الصاحبين قد رجعا الى ظاهر الروايه وما يروى عنهما بخلاف ذلك فقد صح رجوعهما اليه . وبناء على ذلك يكون جميعهم قد اتفقوا على جواز النكاح بغير ولي ونفاذه ولزومه اذا كان الزوج كفئا الا ما ذكر من ان الحسن رواه عن الامام من بطلان النكاح اذا كان الزوج غير كفء .

والذى يتأمل فى روايات الأحناف يرى كل واحدة منها تخالف مذاهب الأئمه الثلاثة مالك والشافعي واحمد وعلى وجه الخصوص رواية ظاهر الروايه لأن مفادها صحة النكاح مطلقا والأئمه الثلاثه يقولون لا يصح مطلقا .

١٩٦ـ ومما استدل به لأبى حنيفة الكتاب والسنه والاستدلال .

(١) اما الكتاب فقوله تعالى (وامرأة مؤمنه ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي ان يستنكحها (١)) فالآية نص على انعقاد النكاح بعبارتها فكانت حجة على المخالفين .

وقوله تعالى (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره (٢)) ووجه الاستدلال بهذه الآيه انه تعالى أضاف النكاح اليها فيقتضى تصور النكاح منها .

---

(١) سورة الأحزاب آيه رقم (٥٠)

(٢) سورة البقره آيه رقم (٢٣٠)

وقوله عز وجل (فلا جناح عليهما ان يتراجعا) (١) اى يتناكحا فقد اضاف النكاح اليهما من غير ذكر الولي ٠

وقوله عز وجل (واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن أزواجهن) (٢) والاستدلال به من وجهين أحدهما انه اضاف النكاح اليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي والثاني انه نهى الأولياء عن المنع عن نكاحهن انفسهن من أزواجهن اذا تراضى الزوجان والنهي يقتضى تصوير المنهي عنه ٠

(٢) واما السنه فما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال " ليس للولي مع الثيب أمر " (٣) وهذا قطع ولاية الولي عنها ٠

وروى عنه ايضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال " الأيم أحق بنفسها من وليها " (٤) والأيم اسم لامرأة لا زوج لها ٠

(٣) واما الاستدلال فهو انها لما بلغت عن عقل وحريه فقد صارت ولية نفسها فى النكاح فلا تبقى مولي عليها كالصبي العاقل

---

(١) سورة البقرة آيه رقم (٢٣٠)
(٢) سورة البقرة آيه رقم (٢٣٢)
(٣) سبق تخريجه فى ص ٧٣
(٤) سبق تخريجه فى ص ٣٥

اذا بلغ والجامع ان ولاية الانكاح انما ثبتت للأب على الصغيره بطريق النيابة عنها شرعا لكون الانكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا وحاجتها اليه حالا ومآلا وكونها عاجزه عن احراز ذلك بنفسها وكون الأب قادرا عليه •

وبالبلوغ من عقل زال العجز حقيقة وقدرت على التصرف فى نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عنها وتثبت الولايه لها لأن النيابه الشرعيه انما تثبت بطريق الضروره نظرا فتزول بزوال الضروره مع ان الحريه منافيه لثبوت الولايه للحر على الحر وثبوت الشيء مع المنافي لا يكون الا بطريق الضروره ولهذا المعنى زالت الولاية عن انكاح الصغير العاقل اذا بلغ وثبتت الولايه له وهذا المعنى موجود فى الفرع ولهذا زالت ولاية الأب عن التصرف فى مالها وثبتت الولاية لها كذا هذا واذا صارت ولي نفسها فى النكاح لا تبقى مولي عليها بالضروره لما فيه من الاستحالة •(١)

---

(١) راجع البدائع للكاساني ج ٢ ص ٢٤٨ •

(المطلب الثاني)

" المذهب المالكي "

١٩٧ — والمالكية عندهم ان الولي لابد منه فى النكاح مجبرا كان أو غير مجبر وغاية الأمر ان بعضهم جعله ركنا وبعضهم جعله شرطا فهو على كل حال لازم لصحة النكاح ويؤخذ من هذا ان النكاح عندهم لا ينعقد اولا يصح بعبارة النساء (١) .

(المطلب الثالث)

" مذهب الشافعيه "

١٩٨ — وفى مغني المحتاج ان المرأه لا تزوج نفسها بمعنى أنها لاتملك مباشرة ذلك بحال لا باذن ولا بغيره سواء الايجاب والقبول وجاء فيه ايضا ان المرأه لاتزوج غيرها بوكالة عن الولي ولا بولاية (٢) .

---

(١) مواهب الجليل والتاج والاكليل على هامشه ج ٣ ص ٤١٩ وما بعدها طبعة مطبعة النجاح طرابلس ليبيا — مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٤٦ ومابعدها ط دار الفكر ببيروت مع المدونه الكبرى سنة ١٣٩٨ سنة ١٩٧٨ .

(٢) مغني المحتاج ج ٣ ص ١٤٧ وما بعدها .

(المطلب الرابع)

" مذهب الحنابلة "

١٩٩- وفى المغنى ان النكاح لا يصح الا بولي ولا تملك المرأه تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكل غير وليها فى تزويجها فان فعلت لم يصح النكاح . وقال : ان هذا مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وابى هريرة وعائشه وقد ذهب اليه ايضا سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن ابي ليلى وابن شبرمه وابن المبارك وعبيد الله العنبرى والشافعي واسحاق وابو عبيد (١) .

(المطلب الخامس)

" حجج الجمهور "

٢٠٠- ولا أرى بأسا فى تبيان أغلب الحجج التي استند اليها الجمهور ، فمما استندوا اليه فيما ذهبوا اليه ،

(١) قوله تعالى (وانكحوا الأيامى منكم) (٢) وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) (٣) وقالوا ان الخطاب موجه فى الآيتين الى الأولياء فلما كان الخطاب متوجها فى انكاح النساء الى غيرهن

---

(١) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٤٩ وما بعدها .

(٢) سورة النور آيه رقم (٣٢)

(٣) سورة البقره آيه رقم (٢٢١)

ولم يكن اليمن دل ذلك على أنه ليس لأحد من المخاطب منهن أن يزوج نفسه .

وقوله تعالى (واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن أزواجهن)(١) والعضل انما يصح ممن اليه عقد النكاح .

وقد قال الامام الشافعي في هذه الآيه الكريمه انها أصرح دليل على اعتبار الولي والا لما كان لعضله معنى .

ثم هذه الآيه نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فزوجها وأضافه اليها لأنها محل له .

ومما يؤيد ذلك قوله تعالى (الرجال قوامون على النساء)(٢) .

(٢) ومما استندوا عليه كذلك السنه ؛ فقد ورد في الموضوع غير حديث ومن هذه الأحاديث :

قوله صلى الله عليه وسلم " لا نكاح الا بولي وصداق وشهيدى عدل "(٣) وقد روى أيضا " لا نكاح الا بولي "(٤) روته عائشه وابو موسى وابن عباس وقال المروذي سألت احمد ويحيي عن هذا الحديث فقالا صحيح .

وحديث عائشه رضي الله عنهما " ان النبي صلى الله عليه وسلم قال " ايما امرأه نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها

---

(١) سورة البقرة آيه رقم (٢٣٢)

(٢) سورة النساء آيه رقم (٣٤)

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ٧ ص ١٢٥ ط دار الفكر .

(٤) سبق تخريجه في ص ؛ ٣٤

باطل باطل باطل فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له "[1] رواه الامام احمد وابو داود والترمذي وحسنه وابن حبان والحاكم وصححه .

فان قيل ان الزهري رواه وقد أنكره . قال ابن خديج سألت الزهري عنه فلم يعرفه ـ قلنا له لم يقل هذا عن ابن خديج غير ابن عليّة كذلك قال الامام احمد ويحي ولو ثبت هذا لم يكن حجة لأنه قد نقله ثقات عنه فلو نسيه الزهري لم يضره لأن النسيان لم يعصم منه أحد .

وحديث " لاتزوج المرأه المرأه ولا المرأه نفسها "[2]

وحديث " الأيم أحق بنفسها من وليها "[3] وانما أوردوا هذا الحديث للاستدلال به على مذهبهم لأنه يدل على ان له معها حقا .

(٣) ومما استندوا اليه كذلك قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه :

" لاتنكح المرأه الا باذن وليها أو ذي الرأى من أهلها أو السلطان "[4]

---

(١) سبق تخريجه فى ص ٢٣٠

(٢) أخرجه ابن ماجه فى سننه فى كتاب النكاح باب لانكاح الا بولي ج ١ ص ٦٠٦ وجاء عقبه : فى الزوائد : فى اسناده جميل بن الحسين العتكي . قال فيه عبدان انه فاسق يكذب ـ يعني فى كلامه . وقال ابن عدي: لم أسمع أحدا تكلم فيه غير عبدان، انه لابأس به ولا اعلم له حديثا ينكر وذكره ابن حبان فى الثقات وقال يغرب وأخرج له فى صحيحه هو وابن خزيمة والحاكم . وقال مسلمة : ثقه (فعلى ذلك يكون الحديث حسنا). وأخرجه الدارقطنى فى سننه من طريق جميل بن الحسين انظر ج ٣ ص ٢٢٧ وأخرجه من طريق آخر ايضا .

(٣) سبق تخريجه فى ص ٢٥٠

(٤) أخرجه الامام مالك فى الموطأ انظر شرح الزرقاني على الموطأ ج ٣ ص ١٢٧ ط دار المعرفه .

(٤) ومما قالوه انه لا يليق بمحاسن العادات ان تدخل المرأه في أمر الزواج بمباشرته لما قصد منها من الحياء وعدم ذكره أصلا .

(٥) وان المرأة انما منعت الاستقلال في النكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسده وهذا مأمون فيما اذا أذن فيه وليها .

(٦) ولأن الولي مولي عليها في النكاح فلا تليه كالصغيره (١) .

---

(١) راجع فيما قلت من حجج : مواهب الجليل والتاج والاكليل على هامشه ج ٣ ص ٤١٩ وما بعدها ـ مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٤٦ ومابعدها ـ مغني المحتاج ج ٣ ص ١٤٧ وما بعدها ـ المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤٤٩ ، وما بعدها ـ الدرر السنيه في الأجوبه النجديه ج ٦ ص ٣٢٣ الطبعة الثانيه سنة ١٣٨٥ سنة ١٩٦٥ .

ملحوظة : جاء في المغني عن احمد ان المرأه لها ان تزوج أمتها وان هذا يدل على صحة عبارتها في النكاح فيخرج منه ان لها تزويج نفسها باذن وليها وتزويج غيرها بالوكاله وان هذا هو مذهب محمد بن الحسن وينبغي ان يكون قولا لابن سيرين لحديث " ايما امرأه زوجت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل " فمفهومه صحته باذنه ولأن المرأه انما منعت الاستقلال في النكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسده وهذا مأمون فيما اذا أذن فيه وليها .

وقد رد في المغني على ذلك بقوله والصحيح الأول وهو عدم صحة النكاح الا بولي وان المرأه لاتملك تزويج نفسها ولا غيرها وذلك لحديث " لا نكاح الا بولي " وهذا يقدم على دليل الخطاب والتخصيص خرج مخرج الغالب فان الغالب انها لا تزوج نفسها بغير اذن وليها والعلة في منعها صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها الى الرجال وذلك ينافي حال اهل الصيانه والمروءه .

(المطلب السادس)

" رد الاحناف على الجمهور "

٢٠١ ـ مما رد به الحنفية على الجمهور :

(١) قالوا في آية (واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن أزواجهن) ان معناها الحقيقي النهي عن منعهن من مباشرة النكاح ـ هذا بعد تسليم كون الخطاب للأولياء .

والا فقد قيل للأزواج فان الخطاب معهم في أول الآية وهي قوله تعالى : (واذا طلقتم النساء) اي لاتمنعوهن بعد انقضاء العده ان يتزوجن ويوافقها قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) لأنه حقيقة اسناد الفعل الي الفاعل .

ـ وجاء في المغني كذلك ان المرأة متى تزوجت بغير اذن وليها فقد ذكره أصحابنا من جملة الصور التي فيها الروايتان .

وقد قال ابن قدامه : الصحيح عندي انه لا يدخل فيها لتصريح النبي صلى الله عليه وسلم فيه بالبطلان ولأن الاجازه انما تكون لعقد صادر من أهله في محله فان المرأه ليست أهلا له بدليل انه لو أذن لها فيه لم يصح منها واذا لم يصح مع الاذن المقارن فلأن لا يصح بالاجازه المتأخره أولى .

فأما على القول الآخر فمتى تزوجت المرأه بغير اذن الولي فرفع الى الحاكم لم يملك اجازته والأمر فيه الى الولي فمتى رده بطل لأن من وقف الحكم على اجازته بطل برده كالمرأه اذا زوجت بغير اذنها . وفيه وجه آخر انه اذا كان الزوج كفئا أمر الحاكم الولي باجازته فان لم يفعل أجازه الحاكم لأنه لما امتنع من الاجازه صار عاضلا فانتقلت الولايه منه الى الحاكم كما في ابتداء العقد (المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٤٩ وما بعدها) .

(٢) وقالوا في حديث " ايما امرأة أنكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل " وحديث " لا نكاح الا بولي " بأن هذين الحديثين وما بمعناهما من الأحاديث معارضة بقوله صلى الله عليه وسلم " الأيم أحق بنفسها من وليها " رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ . والأيم هي من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا .

وقالوا ان وجه الاستدلال به أنه اثبت لكل منها ومن الولي حقا في ضمن قوله " أحق " ومعلوم أنه ليس للولي سوى مباشرة العقد اذا رضيت وقد جعلها أحق به .

فبعد هذا اما أن يجري بين هذا الحديث وما رووا حكم المعارضه والترجيح أو طريقة الجمع .

٢٠٢- فعلى الأول يترجح هذا بقوة السند وعدم الاختلاف في صحته بخلاف الحديثين فانهما .

(أ) اما ضعيفان فحديث " لا نكاح الا بولي "[1] مضطرب في اسناده في وصله وانقطاعه وارساله . قال الترمذي هذا حديث فيه اختلاف وبعض جماعة منهم اسرائيل وشريك رووه عن ابي اسحاق عن ابي برده عن ابي موسى الأشعري عن النبي صلى الله عليه وسلم . ورواه الأسباط بن محمد وزيد بن حبان عن يونس بن ابي اسحاق عن ابي برده عن ابي موسى . ورواه ابوعبيده

---

(١) سبق تخريجه في ص ٢٤٠

الحداد عن يونس بن اسحاق عن ابى برده ولم يذكر فيه عن ابى اسحاق فقد اضطرب فى وصله وانقطاعه .

وقد روى شعبه وسفيان الثورى عن يونس بن ابي اسحاق عن ابي برده عن النبى صلى الله عليه وسلم . وهذا اضطراب فى ارساله لأن أبا برده لم ير الرسول صلى الله عليه وسلم :

وشعبه وسفيان أضبط من كل من تقدم .

قال : وأسنده بعض اصحاب سفيان عن سفيان ولا يصح .

ثم اسند الى شعبه قال : سمعت سفيان الثورى يسأل أبا اسحاق أسمعت أبا برده يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا نكاح الا بولي " قال : نعم ولا يخفى ان هذا الكلام الزامي أما على رأينا فلا يضر الارسال (١) .

وحديث عائشه رضى الله عنها عن ابن جريج عن سليمان ابن موسى عن الزهرى عن عروه عن عائشه رضى الله عنها وقد انكره الزهرى قال الطحاوى . وذكر ابن جريج أنه سأل عنه ابن شهاب فلم يعرفه حدثنا بذلك ابن ابى عمران عن يحيى ابن معين عن ابن علية عن ابن جريج بذلك .

(ب) وأما حسنان بناء على ان الأصح فى الأول وصله لأن الوصل والرفع مقدمان على الوقف والارسال عند التعارض على الأصح وان كان شعبه وسفيان أحفظ من غيرهما لكن حكاية شعبه تفيد

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٩١ وما بعدها .

انهما سمعاه من أبي اسحاق في مجلس واحد ظاهرا وغيرهما سمعوه منه في مجالس ٠

وفى الثاني ان الثقة قد ينسى ولا يعد قادحا فى صحته بعد عدالة من روى عنه وثقته ولذلك نظائر أشهرها ما روى ان ربيعة ذكر لسهيل بن أبى صالح حديثا فأنكره وقال له ربيعه انت حدثتنى به عن أبيك ٠ فكان سهيل يقول بعد ذلك حدثني ربيعه عنى ٠

اللهم الا ان يقال هذا فى عدم التكذيب اما اذا كذبه بأن يقول ما رويت ذلك فنصوا فى الأصول على رده ٠ وفي حكاية ابن جريج ايماء الى ذلك فى رواية ابن عدى في الكامل اياها فى ترجمة سليمان بن موسى حيث قال : قال ابن جريج فلقيت الزهرى فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه فقلت له ان سليمان بن موسى حدثنا به عنك ٠ قال : فأثنى على سليمان خيرا وقال أخشى أن يكون وهم علي ٠ فهذا اللفظ فى عرف المتكلمين من اهل العلم يفيد معنى نفيه بلفظ النفى ٠

واما ما ضعفه به من ان عائشه رضي الله عنها راويته عملت بخلافه على ما فى الموطأ (١) عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه عن عائشه رضى الله عنها أنها زوجت حفصه بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال :

(١) موطأ مالك كتاب الطلاق باب مالا يبين من التمليك ج ٣ ص ١٧٢ ط دار المعرفه وانظر فتح البارى ج ٩ ص ١٨٦ فقد قال الحافظ عقب ذكر رواية مالك وأجيب بأنه لم يرد فى الخبر التصريح بأنها باشرت العقد ، فقد يحتمل ان تكون البنت المذكوره ثيبا ودعت الى كفء وأبوها غائب فانتقلت الولايه الى الولي الأبعد او الى السلطان وقد صح عن عائشه انها " أنكحت رجلا من

ومثلي يفتات عليه في بناته فكلمت عائشه رضي الله عنها المنذر بن الزبير فقال ان ذلك بيد عبد الرحمن وقال عبد الرحمن ما كنت لأرد أمرا قضيته فاستقرت حفصه عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا فأول على معنى انها أذنت في التزويج ومهدت أسبابه فلما لم يبق الا العقد أشارت الى من يلي أمرها عند غيبة أبيها ان يعقد .

يدل على ذلك ما روى عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه قال كانت عائشه رضى الله عنها تخطب اليها المرأه من أهلها فتشهد فاذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها : " زوج فان المرأه لاتلي عقد النكاح وفي لفظ فان النساء لاينكحن " (١)

٢٠٣ — وعلى الثاني : وهو اعمال طريقة الجمع فبأن يحمل عمومه على الخصوص وذلك سائغ وهذا يخص حديث ابى موسى بعد جواز كون النفي للكمال والسنه وهو محمل قولها " فان النساء لا تلي ولا ينكحن " في رواية البيهقى .

وبأن يراد بالولي من يتوقف على اذنه اى لا نكاح الا بمن له ولاية ليفني نكاح الكافر المسلمه والمعتوهه والأمة والعبد أيضا لأن النكاح في الحديث عام غير مقيد .

بني أخيها فضربت بينهم بستر ثم تكلمت حتى إذا لم يبق الا العقد أمرت رجلا فأنكح ثم قالت ليس الى النساء نكاح) أخرجه عبد الرزاق وانظر نصب الرايه في تخريج أحاديث الهدايه ج ٣ ص ١٨٦ وانظر السنن الكبرى للبيهقي ج ٧ ص ١١٢ الى ص ١١٣ .

(١) السنن الكبرى للبيهقى ج ٧ ص ١١٢ .

وعلى هذا التأويل يتم العمل بالحديث الجامع لاشتراط الشهادة والولي وهو من رواية ابن حبان ويخص حديث عائشة بمن نكحت غير الكفء ٠

والمراد بالباطل حقيقته على قول من لم يصحح ما باشرته من غير كفء او حكمه على قول من يصححه ويثبت للولي حق الخصومه في فسخه ٠

كل ذلك سائغ في اطلاقات النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضه بينها على انه يخالف مذهبهم فان مفهومه اذا انكحت نفسها باذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم ٠

(٣) ورد الحنفية على قول الجمهور وهو ان النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده وان ذلك لا يتحقق من كل زوج وان التفويض الى النساء مخل بهذه المقاصد لأنهن سريعات الاغترار سيآت الاختيار — بأن هذا استلزم كون علة ثبوت الولايه في النكاح الأنوثه وقال الحنفيه : انهم يمنعون علية الأنوثه وان نهيها عن المباشرة ندب كي لاتنسب الى الوقاحه بل العلة ليست الا الصغر ٠ (١)

---

(١) تعرف العله بأنها وصف في الأصل بني عليه حكمه ويعرف به وجود هذا الحكم في الفرع فالعلة عند الاصوليين هي المعرف للحكم وتسمى مناط الحكم وسببه وأمارته وجمهور علماء المسلمين على ان الله تعالى ما شرع حكما الا لمصلحة عباده فالباعث على تشريع اي حكم شرعي هو جلب منفعة للناس او دفع ضرر عنهم وهذا الباعث على تشريع الحكم هو الغايه المقصوده من تشريعه وهو حكمة الحكم ٠

والمفسدة المذكورة عند الجمهور ليست لازمة لمباشرتها ولا غالبة ولا يناط الحكم بالأولية اذ ليست ملزومة دائما ولا غالبا ومجرد الوقوع أحيانا لا يوجب المظنة واذا وجد فللولي رفعه .

وكون ولي يحتشم عن ذلك قليل بالنسبة الى من يقوم في دفع العار المستمر عن نفسه .

فوقوع المفسدة قليل وتقريرها بعد وقوعها قليل في قليل

— وكان المتبادر ان يبنى كل حكم على حكمته لأنها الغاية المقصودة منه ولكن رئي بالاستقراء ان الحكمة في تشريع بعض الأحكام قد تكون امرا خفيا غير ظاهر اي لا يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة فلا يمكن التحقق من وجوده ولا من عدم وجوده ولا يمكن بناء الحكم عليه ولا ربط وجوده بوجوده وعدمه بعدمه مثال ذلك اباحة الفطر في رمضان للمريض حكمتها دفع المشقة وهذا أمر تقديري يختلف باختلاف الناس واحوالهم فلو بنى الحكم عليه لا ينضبط التكليف ولا يستقيم فلأجل خفاء حكمة التشريع في بعض الأحكام وعدم انضباطها في بعضها لزم اعتبار أمر آخر يكون ظاهرا منضبطا يبنى عليه الحكم ويربط وجوده بوجوده وعدمه بعدمه ويكون مناسبا لحكمته بمعنى أنه مظنة لها وأن بناء الحكم عليه من شأنه ان يحققها وهذا الأمر الظاهر المنضبط الذى ينبني الحكم عليه لأنه مظنة لحكمته ولأن بناء الحكم عليه من شأنه ان يحققها هو المراد بالعلة في إصطلاح الأصوليين فالفرق بين حكمة الحكم وعلته هو ان حكمة الحكم هي الباعث على تشريعه والغاية المقصودة منه وهي المصلحة التى قصد الشارع بتشريع الحكم تحقيقها او تكميلها اوالمفسدة التي قصد الشارع بتشريع الحكم دفعها او تقليلها . —

فانتفت المظنه •

وبقي أنها تصرفت فى خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقله بالغه ولهذا كان لها اختيار الأزواج فلا تزوج ممن لا ترضاه (1) •

— واما علة الحكم فهي الأمر الظاهر المنضبط الذى بني الحكم عليه وربط به وجودا وعدما لأن الشأن فى بنائه عليه وربطه به أن يحقق حكمة تشريع الحكم وبناء الحكم على العله لأنها مظنة تحقيق الحكمه وقد قرر الأصوليون لما تقدم ان الأحكام الشرعيه تدور وجودا وعدما مع عللها لا مع حكمها وبعبارة أخرى مناط الحكم الشرعي مظنته لا مئنته •

(انظر فى علة الحكم وحكمته وبعبارة اخرى المظنه والمئنه علم اصول الفقه تأليف الشيخ عبد الوهاب خلاف الطبعه العاشره ١٣٩٢ هـ ١٩٧٢م ص ٦٣ وما بعدها — راجع كذلك فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت فى اصول الفقه وهو مطبوع مع المستصفى ج ٢ الطبعه الأولى بالمطبعه الأميريه ببولاق مصر سنة ١٣٢٤ هـ ص ٢٦٠ وما بعدها وفيه الزياده لمن يريدها •

(1) فتح القدير ج ٢ ص ٣٩١ وما بعدها — البدائع ج ٢ ص ٢٤١ وما بعدها وانظر كذلك حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين ج ٣ ص ٥٥ وما بعدها •

(المبحث الثانـي)

" المناقشة والترجيـح "

٢٠٤- الأرجح عندي هو مذهب الجمهور للأدلة التي ساقوها ولما يأتي :-

أولا : المرأة مهما بلغت من العلم والدرايه فان هذا لا يمنع انها تغلب العاطفه على العقل حتى ان الشريعه الاسلاميه جعلت للرجال عليهن القوامه .

يقول تعالى (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض)(1) والفضل فطري وكسبي فمن الفطري ان مزاج الرجل اقوى واكمل واتم واجمل وليس الجمال هنا هو الجمال المعروف وانما الجمال تابع لتمام الخلقه وكمالها ويتبع قوة المزاج وكمال الخلقه قوة العقل وصحة النظر في مبادىء الأمور وغاياتها ويتبع ذلك الكمال في الأعمال الكسبيه فالرجال أقدر على الكسب والاختراع والتصرف في الأمور ولأجل هذا كانوا مكلفين بأمر الرئاسة العامه في مجتمع العشيرة التي يضمها المنزل(2) .

ويؤيد هذا ما يقوله علماء التشريح من ان المرأه تختلف في التركيب الجسمي عن الرجل وحاسيتها حادة جدا وتتأثر بغاية السهوله بالاحساسات المختلفة كالفرح والألم والخوف وهذا التأثر لا يبقى

---

(1) سورة النساء آيه رقم (٣٤).

(2) تفسير المنار ج ٥ ص ٦٩ ، ٧٠ الطبعه الثانيه سنة ١٣٦٧هـ.

كثيرا فهي من هذه الناحيه معرضة لعدم التثبت •

والمرأه كقاعده اكثر انفعالا وتهيجا من الرجل وبالجملة فبنساء جسمها الطبيعي الطف من الرجل فلا تقوى على حل معقدات الأمور مثلـه (١) •

ثانيا : وما استدل به الحنفيه على أن المرأة حين تتولى عقد زواجها انما تتصرف بخالص حقها فهو أمر غير مسلم لهم لأن الزواج ليس حقا خالصا لها وليس كالتصرف في مالها وهو خطير الشأن لما يترتب عليه من آثار تبقى مدى الحياه وبعد الممات وليس المال كذلك فلا ينبغي في عقد الزواج ان يهمل رأي الولي وقد دعا هذا الفقيه أبا ثور وهو من مجتهدى مذهب الشافعيه الي رأي مؤداه انه لا بد في عقد الزواج من رضا المرأه ووليها ومتى تحقق ذلك فأيهما قام بعقد العقد صح ويترتب على هذا الرأي ان المرأه بعد رضا الولي لها اجراء عقد الزواج بنفسها لأنه لم يعهد في الشريعه الاسلاميه ان الأنوثه مانعه من مباشرة العقود بل انها جعلت المرأه كالرجل في التصرفات • والأخذ بهذا القول يصلح من حال الأسر ويقضي على اسباب النزاع الذى يوجد من اهمال رأى الولي •

---

(١) (احكام المرأه في الشريعه الاسلاميه) مقال للشيخ احمد ابراهيم بك بمجلة القانون والاقتصاد التي تصدر عن كلية الحقوق بجامعة القاهره السنه السادسه العدد الثاني ص ١٤٧ وما بعدها •

والولي إذا امتنع من تزويج المرأه على هذا الرأي وهي بالغـــه عاقله ولم يأذن لها في الزواج بغير حق فان لها ان تلجأ الـــى القاضي ليأذن لها في الزواج لأن امتناع الولي هنا لا مبرر له فيعتبر الولي ظالما والقاضي انما جعل لرفع الظلم (١) .

ثالثا : ومما يؤيد مذهب الجمهور في جعل الأمر في عقد الزواج بحيث لا تستقل به المرأه ان النصوص في الشريعة بجانب الولي .

ومن هذه النصوص قولـه تعالى (وأنكحوا الأيامى منكـــم والصالحين من عبادكم وامائكم (٢)) وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا (٣)) فالخطاب في الآيتين للأولياء لا للنساء .

ومن النصوص في السنة ما ذكرنا سابقا من قولـه صلى اللـــه عليه وسلم " لاتنكح المرأه بغير امر وليها فان نكحت فنكاحهـــا باطل ثلاث مرات فان أصابها فلها مهر مثلها بما اصاب منها فـــان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي لـــه (٤) " وهذا الحديث مـــروى عن عائشه رضي الله عنها . وكذلك قوله صلى الله عليـــه وسلم " لا نكـاح الا بولـــي (٥) "

وحديث عائشه رضي الله عنها أخرجه ابو داود والترمذي وحسنه وصححه ابو عوانه وابن خزيمه وابن حبان والحاكم (٦) . كما ان حديث

---

(١) الزواج والطلاق في الاسلام لبدران ابو العينين ص ١٣٨ ، ١٣٩ .

(٢) سورة النور آيـه رقم (٣٢)

(٣) سورة البقره آيـه رقم (٢٢١)

(٤) سبق تخريجـه في ص ٢٣

(٥) سبق تخريجـه في ص ٢٤

(٦) انظر تحفة الأحوذي ج ٢ ص ١٧٦ الطبعة الهنديـة .

" لانكاح الا بولي " قال عنه السيوطي ان الجمهور حمله على نفي الصحة [illegible] حنيفه على نفي الكمال وقد جاء في تحفة الأحوذي ان الراجح انه محمول على نفي الصحه بل هو المتعين كما يدل عليه حديث الباب الذي روته عائشه مرفوعا وقد ذكرناه آنفا (1).

وما اعترض به على حديث عائشه المذكور بأن ابن عليه روى عن ابن جريج انه سأل الزهري عن هذا الحديث فلم يعرفه كما ان ام المؤمنين عائشه المروى عنها هذا الحديث قد صح عنها انها كانت انكحت بنت أخيها عبد الرحمن وهي بكر وهو مسافر بالشام قريب [illegible] بغير أمره فلم يمضه بل انكر ذلك ان بلغه فلم ترعائشه ذلك مبطلا لذلك النكاح بل قالت للذي زوجتها منه وهو المنذر بن الزبير اجعل امرها اليه ففعل فأنفذه عبد الرحمن قالوا والزهري هو الذي روى عنه هذا الخبر وقد رويتم من طريق عبد الرزاق عن معمر انه قال له سألت الزهري عن الرجل يتزوج بغير ولي فقال ان كان كفئا لما لم يفرق بينهما قالوا فلو صح هذا الخبر لدل خلاف عائشه الذي روته والزهري الذي رواه على نسخه .

وانما قيل في حديث عائشه ما تقدم ذكره فقد رد ابن حزم بقوله : أما قولكم ان الزهري سأله عنه ابن جريج فلم يعرفه فهذا لا شيء .

---

(1) تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ج ٤ ص ٢٢٧ وانظر نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٥ الطبعه الأخيره مصطفى البابي الحلبي .

لما حدثناه القاضي ابو بكر حمام بن احمد نا عباس بن اصبغ نا محمد بن عبد الملك بن أيمن نا غيلان نا عباس نا يحي بن معين حديث ابن جريج هذا قال عباس فقلت له ان ابن عليه يقول قال ابن جريج لسليمان بن موسى فقال نسيت بعد فقال ابن معين لا يقول هذا الا ابن عليه ثم قال ابن معين لا يصح في هذا الا حديث سليمان بن موسى • قال ابن حزم فصح ان سماع ابن عليه من ابن جريج مدخول ثم لو صح ان الزهري انكره وأن سليمان بن موسى نسيه فقد روينا من طريق مسلم بن الحجاج عن عائشة رضى الله عنها قالت كان النبي صلى الله عليه وسلم يسمع قراءة رجل في المسجد فقال " رحمه الله لقد اذكرني آيه كنت أنسيتها " ثم ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى الفجر فأغفل آية فلما صلى قال " أفي القوم أبي بن كعب " فقال له أبي بن كعب يارسول الله أغفلت آية كذا او نسخت فقال عليه الصلاة والسلام " بل أنسيتها " فاذا صح ان الرسول صلى الله عليه وسلم نسي آية من القرآن فمن الزهري ومن سليمان ومن يحيي حتى لا ينس ثم ان آدم قد نسي لقوله تعالى (ولقد عهدنا الى آدم من قبل فنسي)(1) لكن ابن جريج ثقه فاذا روى عن سليمان بن موسى وهو ثقه انه اخبره عن الزهري بخبر مسند فقد قامت الحجه به سواء نسوه بعد ان بلغوه وحدثوا به او لم ينسوه • ومن المعروف ان من روى حديثا ثم

---

(1) سوره طـه آيه رقم (١١٥) •

نسبه جاز العمل به على الصحيح وهو قول الجمهور (١) .

واما اعتراضهم بأنه صح عن عائشه وعن الزهري رضى الله عنهما انهما خالفا ما رويا من ذلك فكان ماذا ؟ انما امرنا الله عز وجل ورسوله صلى الله عليه وسلم وقامت حجة العقل بوجوب قبول ما صح عندنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبسقوط اتباع قول من دونه عليه الصلاة والسلام . ثم قال : ولا ندرى اين وجدوا ان من خالف باجتهاده مخطئا متأولا ما رواه انه يسقط بذلك ما رواه ثم نعكس عليهم أصلهم هذا الفاسد فنقول : اذا صح ان أم المؤمنين رضي الله عنها والزهري رحمه الله رويا هذا الخبر وروى عنهما أنهما خالفاه فهذا دليل على سقوط الروايه لأنهما خالفاه بل الظن بهما انهما لا يخالفان ما رويا وهذا أولى لأن تركنا مالا يلزمنا من قولهما لما يلزمنا من روايتهما هو الواجب لا ترك ما يلزمنا مما روياه لما لا يلزمنا من رأيهما فكيف وقد روى عن عائشه أنها انكحت رجلا من بني أخيها جارية من بني أخيها فضربت بينهم سترا ثم تكلمت حتى اذا لم يبق الا النكاح أمرت رجلا فأنكح ثم قالت " ليس الى النساء النكاح " فصح يقينا بهذا رجوعها عن العمل الأول الى ما نبهت اليه من ان نكاح النساء لا يجوز .

واعترضوا في رواية ابي موسى ان قوما أرسلوه فقلنا فكان ماذا ؟ اذا صح الخبر مسندا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قامت الحجة به ولزمنا قبوله فرضا ولا معنى لمن أرسله او لمن لم يروه أصلا

---

(١) تدريب الراوى فى شرح تقريب النواوي تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف الطبعه الثانيه سنة ١٣٨٥ سنة ١٩٦٦ ص ٢٢٥ .

او لمن رواه من طريق أخرى ضعيفه كل هذا كأنه لم يكن.

رابعا : وقد قال كثير من السلف بما عليه الجمهور ومن ذلك ما جاء عن سعيد بن المسيب أنه قال : قال عمر ابن الخطاب لا تنكح المرأه الا باذن وليها او ذوى الرأى من أهلها أو السلطان كما روى عن عبد الرحمن بن معبد أن عمر بن الخطاب رد نكاح امرأة نكحت بغير اذن وليها .

كما روى عن عبد الحميد بن جبير بن شيبه ان عكرمه بن خالد أخبره أن الطريق جمع ركبا فجعلت امرأة ثيب أمرها الى رجل من القوم غير ولي فأنكحها رجلا فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فجلد الناكح والمنكح ورد نكاحها.(١)

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه قال : حدثنا أبو بكر النيسابوري قال حدثنا محمد بن اسحاق الصغاني قال حدثنا روح قال حدثنا ابن جريج قال أخبرني عبد الحميد ابن جبير بن شيبة عن عكرمة بن خالد .....؟ أقول : ثم ذكر الحديث . سنن الدارقطني ج ٣ ص ٢٢٥ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى قال أخبرنا أبو بكر بن الحارث قال أخبرنا علي بن عمر (يعني الدارقطني) ثم ذكر السند الذى ساقه الدارقطني والحديث المذكور (السنن الكبرى ج ٧ ص ١١١).

بيان حال رواة الدارقطني :

(١) ابو بكر النيسابوري هو عبد الله بن محمد بن زياد بن واصل بن ميمون النيسابوري. قال الخطيب البغدادى عقب ترجمته فى تاريخه : وكان حافظا متقنا عالما بالفقه والحديث مما موثقا فى روايته . تاريخ بغداد للخطيب البغدادى ج ١٠ ص ١٢٠ الى ١٢١ .

(٢) محمد بن اسحاق الصغاني : ثقة ثبت . تقريب التهذيب ج ٢ ص ١٤٤

(٣) روح بن عباده : ثقة تقريب التهذيب ج ١ ص ٢٥٣.

(٤) ابن جريج هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج : ثقة مدلس ويرسل تقريب التهذيب ج ١ ص ٥٢٠ .
لكنه صرح بالسماع فارتفع ايهام تدليسه (لأنه قال أخبرني) ولم يروه بعن او أن او قال من الصيغ التى تحتمل السماع .

(٥) عبد الحميد بن جبير بن شيبه : ثقة تقريب التهذيب ج ١ ص ٤٦٧ هـ

وروى عن نافع ان عمر بن الخطاب ولى ابنته حفصه لم المؤمنين ماله وبناته ونكاحهن فكانت حفصه اذا أرادت ان تزوج امرأة أمرت أخاها عبد الله فيزوج وروى نحو هذا عن عائشة وابن عمر وعمر بن عبد العزيز وابراهيم النخعي وعليه ايضا جابر بن زيد ومكحول وابن شبرمه وابن ابي ليلي وسفيان الثوري واسحاق وابو عبيد وابن المبارك (١) .

أقول : فبناء على ما تقدم فانى اميل الى ترجيح رأى الجمهور فى عدم انعقاد النكاح بعبارة النساء خلافا للامام أبي حنيفه رضى الله عنه .

— (٦) عكرمه بن خالد ثقة وقال الامام احمد لم يسمع من عمر تقريب التهذيب ج ٢ ص ٢٩ — جامع التحصيل فى احكام المراسيل للعلائي ص ٢٩٢ .

الحكم على الحديث :

الحديث مرسل لأن عكرمه لم يدرك عمر والحديث ذكره الحافظ بن حجر فى التلخيص وعزاه الى الشافعي والدارقطني والبيهقى ونبه الى انهم رووه من طريق ابن جريج عن عبد الحميد عن عكرمه بن خالد ثم قال عقب ذلك وفيه انقطاع لأن عكرمه لم يدرك عمر . التلخيص الحبير ج ٣ ص ١٦٠ وقد سبق أن تكلمنا عن موقف اهل العلم من الحديث المرسل .

(١) المحلى لابن حزم ج ٦ ص ٤٥١ وما بعدها .

(الفصل الثالث)

" ما يتحقق به الرضا "

(المبحث الأول)

" مدخل فيما يفيد الرضا "

٢٠٥— سبق أن بينت في غير موضع أن المكلفات لا يجبرن على النكاح وان رضاهن مشترط لنفاذ عقد الولي عليهن ، وذلك لدى كثير من الفقهاء .

وما دام الأمر كذلك فان المقام يقتضي بيان كيف يتحقق الرضا الذي به تعد المراد تزويجها راضية بالنكاح فينفذ عليها ولا يكون لها بعده فسخ النكاح بدعوى أنه صدر من غيرها .

ولهذا يعرف الرضا بأنه اسقاط حق الرد .

٢٠٦— وهو يتحقق بما يفيده صراحة أو دلالة من قول او فعل .

اما الرضا الصريح فمثل قولها رضيت وقبلت وأجزت واحسنت ومثل ذلك .

واما دلالة القول فمثل طلب المهر وقبول التهنئه .

واما دلالة الفعل فهي كالتمكين من الوطء وقبض المهر وقبول النفقه وكون السكوت من البكر علامة الرضا محله ان يكون مستأذنها وليها الأقرب وهو من تثبت له ولاية الاستحباب هنا لدى الحنفيه ومثله رسوله لأنه معبر عنه او وكيله لقيامه مقامه .

فان كان المستأذن غير هؤلاء مثل الأخ مع وجود الأب فلا يكفي السكوت بل لابد من أمر اكثر دلالة على الرضا منه وهو ما كان بالقول او مافي معناه كما هو الشرط في الثيب على ما سيأتي (١) .

وفيما يلي تفصيل الكلام فيما يكون به رضا البكر والثيب في مذاهب الفقه :

---

(١) ذكر في الفتح عن الكرخي انه يكفي سكوتها وان كان المستأمر أجنبيها لأن استحياءها منه اكثر منه مع الولي .

وقد رد في الفتح على ذلك بأن السكوت فيه له ظاهر آخر وهو قلة الالتفات الى كلامه فصار محتملا على السواء فلم يقع دلالة على الرضا الا للحاجه وهي تندفع باعتباره مع الأولياء لأنهم هم المزوجون غالبا فكان اعتباره في محل الحاجه بخلاف غيرهم اذ لا يعتبر المحتمل في غير محل الحاجه وانما كان حاجة لأنها لاتنطق فلو لم يكتف بالمحتمل تعطلت مصالحها وهذا يقتضي انه مع الأولياء ايضا محتمل على السواء وينافيه قوله لأن جنبة الرضا فيه غالبه فكان الأولى الاقتصار على قوله فلم يقع دلالة على الرضا . وقول المصنف ولو وقع كان محتملا ظاهر العباره ولو وقع دلالة كان محتملا ان أراد احتمالا مساويا لم يصح جعله دلالة وان أراد مرجوحا كان الرضا مظنونا فهو دلالة فيكون كافيا مطلقا لا يتقيد بحالة كون المستأمر وليا .

فان قيل يشكل على هذا الحكم المذكور اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم " اذنها أن تسكت " ونحوه من غير تقييد يكون المستأمر وليا قلنا يتقيد بالعرف والعاده وهي ان المستأذن للبكر ليس الا الولي بل لا يخلص اليها غيره (راجع فيما ذكر فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٩).

(المبحث الثاني)

" مذاهب الفقه فيما يتحقق به الرضا "

(المطلب الأول)

" المذهب الحنفي "

٢٠٧- أولا: نتكلم في رضا البكر ثم رضا الثيب :-

رضا البكر اذا استأذن الولي البكر التي تحت ولايته فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله صلى الله عليه وسلم " البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت "(١) لأن جانب الرضا في السكوت راجح اذ انها تستحي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضا من السكوت .

والمراد بالسكوت الاختياري فلو أخذها سعال اوعطاس او أخذ فمها فخلصت فردت ارتد .

ولا فرق بين العلم والجهل حتى لو زوجها ابوها فسكتت وهي لا تعلم ان السكوت رضا جاز لأنه لا يعذر احد بجهله أحكام الشرع .

ولو تبسمت يكون اذنا في الصحيح .

واذا كان الضحك استهزاء فانه لا يكون رضا .

واذا بكت بلا صوت لا يكون ردا وهو المختار للفتوى لدى الأحناف .

وعن ابي يوسف في البكاء انه رضا لأنه لشدة الحياء .

---

(١) أخرجه النسائي في سننه بنحو اللفظ المذكور في كتاب النكاح ج ٦ ص ٨٥ الى ٨٦ .

وعن محمد هو رد لأن ضحكه لاظهار الكراهه •

والمعول عليه اعتبار قرائن الأحوال في البكاء والضحك فان تعارضت او أشكل احتيط •

٢٠٨— هذا ويعتبر في كون السكوت رضا في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفه لها اما باسمه او في ضمن العام لا كل عام نحو من جيراني او بني عمي وهم محصورون معروفون لها لأن عند ذلك لا يعارض كون سكوتها رضا معارض بخلاف : من بني تميم : ومن رجل لأنه لعدم تسميته يضعف الظن •(1)

٢٠٩— ولا يشترط في كون السكوت رضا تسمية المهر وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلته وكثره !

والصحيح الأول لأن للنكاح صحة بدونه •

وصحح في شرح الوافي ان المزوج ان كان الأب او الجد لا يشترط والا اشترط لأن الأب لو نزل عن مهر المثل لا يكون سكوتها رضا •

والأوجه الاطلاق وما ذكر من التفصيل ليس بشئ لأن ذلك في تزويجه الصغيرة بحكم الجبر والكلام في الكبيره التي وجهت

---

(1) فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٩ وقد جاء فيه كذلك ان الولي لو زوجها بحضرتها فسكتت اختلف فيه والأصح الصحه وينبغي تقييده بما اذا كان الزوج حاضرا او عرفته قبل ذلك • ولو زوجها بحضرتها بغير كفء فسكتت لم يكن رضا وهو قول ابي يوسف ومحمد رضي الله عنهما •

مشاورته لها والأب فى ذلك كالأجنبي لا يصدر عنه شيئ من أمرهـا الا برضاهـا غير ان رضاهـا يثبت في السكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه رضا ومقتضى النظر ان لا يصح بلا تسمية المهـر لها لجواز كونها لا ترضى الا بالزائد على مهر المثل فما لم تعلم ثبوتها لا ترضى وصحة العقد بلا تسمية هو فيما اذا رضيت بالتفويض وقنعت بمهر المثل بدلالة زائده على السكوت ٠

وكون الظاهر من الأب ان لا يتركه الا لما يربو عليه لا يقتضي رضاها بتركه لتلك المصلحه فقد لاتختار ذلك والكلام فـي البكر الكبيره والمسأله المعروفه فيه من قول أبي حنيفـه انما هو في الصغيره اما الكبيرة فنفاذ تزويج الأب موقـوف على رضاها كالوكيل غير ان سكوتها جعل دلالة شرعا فاذا عارضه ترك التسميه او تسمية الناقص صار محتملا على السواء لكونه للرضـا او لخوف الرد عليه مع عدمه فلا يثبت الرضا به وفـي غيره ليس الاحتمال متساويا بل الراجح جهة الرضا فما اكتفـى الا بالمظنـون (١) ٠

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤٠٠ وما بعدها وفيه ايضا قوله ، وقد يقال سكوتها اذا لم يسم لها الولي مهرا مع علمها بأنه يعتبر رضا وينفذ العقد عليها تفويض ورضا بمهر المثل وبكل مهر لكن يدفع بأن علمها بأن سكوتها رضا مع عـدم التسميه بكل مهر هو محل النزاع فلا يلزم علمها ٠

وفى التجنيس فى باب ما يكون رضا ، واجازه اذا ذكر الزوج ولم يذكـر المهر فسكتت ان وهبها يعني ان فوضها ينفذ النكاح وان زوجها بمهر مسمى لاينفذ لأنه اذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة به واذا سمـى مهرا فتمامه به أيضا وهو فرع اشتراط التسميه في كون السكوت رضا ويجب كون الجواب فى المسأله الأولى مقيدا بما اذا علمت بالتفويض تفريعا على القـول الآخـر ٠

ولو زوجها فبلغها الخبر فهو على ما ذكرنا لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف وعدا ذلك فان سكتت أو ضحكت بلا استهزاء أو بكت بغير صوت فهو رضا والا فلا (١) .

---

(١) المرجع السابق ص ٤٠٠ وفيه قول ابن مقاتل : لا يكون السكوت بعد العقد رضا لأن كونه قبله رضا على خلاف القياس بالنص واما بعده فالحاجه الى الاجازه والسكوت لايكون اجازه لأنه ليس في معنى المنصوص فان السكوت عند الاستئمار ليس ملزما وبعده اذا بلغها الخبر ملزم فلا يثبت بمجرد السكوت . وعن ابي يوسف السكوت بعد العقد رد وهو قول محمد والأصح الأول لأن وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده فلما كان اذنا قبله لدلالته على الرضا وجب أن يكون اجازة بعده لدلالته عليه ولا أثر للفرق بكونه ملزما وعدمه على ان الحق انه ملزم في كل منهما غير انه في تقدم العقد يثبت به اللزوم في الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستأذن .

فان قيل يوجه قول ابن مقاتل ورواية ابي يوسف بالنص وهو رواية الأئمة السته عن ابي هريره عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لاتنكح الأيم حتى تستأمر ولاتنكح البكر حتى تستأذن " قالوا يارسول الله وكيف اذنها قال: " ان تسكت " .

فهذا صريح في منع النكاح قبل الاستئذان فالجواب ان الاتفاق على أنها لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقا جاز النكاح مع انه متناول ظاهر النهي فعلم ان الاتفاق على ان المراد بالنهي المنع عن تنفيذ العقد عليها وابرامه قبل اذنها وانما الخلاف في ان الاجازه بعد العقد بماذا تكون ، فقلنا دل النص على كونها بما كان الاذن به قبله ولا يعارضه النهي المذكور بعد الاتفاق على ان المراد منه ما ذكرنا .

وعلى هذا فرعوا انه لو استأذنها في معين فردت ثم زوجها منه فسكتت جاز على الأصح بخلاف مالو بلغها فردت ثم قالت رضيت حيث لا يجوز لأن العقد بطل بالرد فالرضا بعد ذلك بعقد مفسوخ ولذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما اذا زوج قبل الاستئذان اذ غالب حالهن اظهار النفره عند فجأة السماع .

٢١٠ - ثانياً: واما الثيب فقال الأحناف ان استئذانها ، والمقصود الثيب الكبيرة ، لابد فيه من رضاها بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم " الثيب تشاور "(١) والمشاورة لاتكون الا بالقول لأنها عبارة عن طلب الرأي ثم هي مفاعلة فتقتضي الوجود من الجانبين.

وقد قالوا أن في الحكم والدليل نظرا .

اما الدليل فلعدم دلالته على لزوم القول لأنا لا نسلم أنه يشترط في افادة الرأي فعل اللسان بل قد يفاد بغيره ولزوم القول في حق الطالب ضروري لا مفهوم اللغة وحينئذ فكون المشاورة تستدعي جوابا باللفظ ممنوع .

واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابي هريرة السابق " لاتنكح الأيم حتى تستأمر "(٢) والأمر يكون بالقول لا بغيره ومنع بما في السنن من حديث ابن عباس رضي الله عنهما " والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها "(٣).

واجيب بأنه خرج عن حقيقته هنا بقرينة قوله " واذنها صماتها " ولم يوجد مثلها في الثيب فتجب حقيقته .

= هذا والأوجه عدم الصحه لأن ذلك الرد الصريح لا ينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا .

ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريده ولم تزد على هذا لا يجوز النكاح للاخبار بأنها على امتناعها .

(١) سبق تخريجه بنحو اللفظ المذكور في ص .

(٢) " " في ص : ٧٥

(٣) " " " ص : ٦٤ بنحو اللفظ المذكور .

واصرح من هذا قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث آخر " والثيب يعرب عنها لسانها " (١)

لكن يشكل عليه ان الحكم فى المذهب خلافه وهو النظر الثاني بل اما به كنعم او رضيت او بارك الله لنا او أحسنت وبالدلالة كطلب المهر او النفقه أو تمكينها من الوطء وقبول التهنئه والضحك سرورا لا استهزاء .

وحينئذ فلا فرق بين البكر والثيب سوى أن سكوت البكر رضا بخلاف الثيب لابد فى حقها من دلالة زائده على مجرد السكوت .

والحق ان الكل من قبيل القول الا التمكين فيثبت بدلالة نص الزام القول لأنه فوق القول . (٢)

---

(١) سبق تخريجه بنحو اللفظ المذكور ص : ٩٦

(٢) انظر فتح القدير ج ٢ ص ٤٠١ وما بعدها حتى ص ٤٠٣ ومما جاء فيه ان البكر اذا زالت بكارتها بوثبه او حيضه او جراحه او تعنيس وهو ان تصير عانسا اى نصفا لم تتزوج او خرق استنجاء او عود او حمل ثقيل فانها فى كل هذه الأحوال تزوج كالأبكار اتفاقا .
وكذا اذا فارقها الزوج لجب او عنة او طلقها قبل الدخول ولو بعد الخلوه وهذه مما تخالف حكم الخلوه والدخول وكذا اذا مات بعد الخلوه قبل الدخول لأنها فى هذه الصور كلها تعتبر بكرا حقيقة اذ لم يصبها مصيب ولهذا لو أوصى لأبكار بني فلان دخلت هذه .

(المطلب الثانـى)

" مذهب المالكيـة "

٢١١– لدى المالكيه يفرق أيضا بين البكر والثيب :

٢١٢– اولا : البكر فعندهم ان البكر غير المجبره اذنها ان تصمت اذا سئلت : هل ترضين بأن تزوجك من فلان على مهر قدره كذا على ان الذى يتولى العقد فلان وعلى ذلك فاذا سئلت هكذا فصمتت عد صمتها رضا منها واذنا فى ذلك فلا تكلف النطق بالرضا ويندب اعلامها بأن سكوتها رضا واذن منها .
وهى لاتزوج ان منعت بأن قالت لا أتزوج او لا أرضى او مافي معناه او نفرت لأن النفور دليل على عدم الرضا .
اما اذا ضحكت او بكت فتزوج لأن بكاءها يحتمل انه لفقد أبيها الذى يتولى عقدها .(١)

٢١٣– ثانيا : وقالوا عن الثيب انها تعرب عما فى ضميرها من رضا او منع ولا يكتفى منها بالصمت ويشاركها فى ذلك أبكار سته لا يكتفى منهن بالصمت بل لابد من الاذن بالقول وهن :(٢)
(١) البكر بأن رشدت اى رشدها ابوها بأن أطلق الحجر عنها فى التصرف المالي وهى بالغ فلابد من اذنها بالقول وقد تقدم أنه لاجبر لأبيها عليها هنا فلابد من نطقها

---

(١) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢١٠
(٢) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢١٠ وما بعدها .

عند استئذانها •

(٢) البكر اذا عضلت اى منعت اى منعها وليها من النكاح فرفعت أمرها للحاكم فزوجها الحاكم فلابد من اذنها بالقول فان أمر أباها بالعقد فأجاب وزوجها لم يحتج لاذن لأنه مجبر •

(٣) والبكر المهمله فلا أب لها ولا وصى اذا زوجت بعرض وهي من قوم لا يزوجون بالعروض او يزوجون بعرض معلوم فزوجها وليها بغيره فلابد من نطقها بأن تقول رضيت به ولا تكفي الاشارة •

(٤) والبكر ولو مجبره اذا زوجت برقيق فلابد من اذنها بالقول لأن العبد ليس بكفء للحره •

(٥) او زوجت بذى عيب كجذام وبرص وجنون وخصاء فلابد من نطقها بأن تقول رضيت به مثلا •

(٦) والبكر غير المجبره اذا تعدى عليها وليها غير المجبر فعقد عليها بغير اذنها ثم أتى اليها الخبر فرضيت فيصح النكاح ولابد من رضاها بالقول (١) •

---

(١) المرجع السابق ص ٢١٢ وقد ذكر أن الافتيات مطلقا يصح ان وقع بشروط بكرا كانت المرأه او ثيبا وهذه الشروط هى : —

الأول: ان قرب الرضا من العقد كأن يكون العقد بالمسجد مثلا وينهى اليها الخبر من وقته ، واليوم بُعْدٌ لا يصح معه الرضا وقيل اليومان قرب وقيل البعد ما فوق الثلاثه •

والثانى: ان يكون الرضا بالقول فلا يكفي الصمت كما تقدم فى البكر وكذا غيرها بالأولى •

والثالث: ان لا تكون قد ردت النكاح قبل الرضا ممن افتيت عليه منهما فان رد من افتيت عليه فلا يصح منه رضا بعد ذلك •

(المطلب الثالث)

" مذهب الشافعية "

لدى الشافعيه :

٢١٤- أولا : قالوا أن الثيب العاقله البالغه تزوج بصريح الاذن للأب او غيره ولا يكفى سكوتها لقوله عليه الصلاة والسلام " ليس للولي مع الثيب امر " (١) وقد روى هذا الحديث ابوداود وغيره وقال البيهقى : رواته ثقات .

ولو أذنت بلفظ التوكيل جاز على النص لأن المعنى فيهما واحد .

ومع ذلك فقد قال الرافعى : الذين لقيناهم من الأئمه لايعدونه اذنا لأن توكيل المرأه فى النكاح باطل ورجوعها عن الاذن كرجوع الموكل عن الوكالة فان زوجها الولى بعد رجوعها وقبل علمه لم يصح .

واذن الخرساء بالاشاره المفهمه .

قال الأذرعى : والظاهر الاكتفاء بكتبها وقال انه لو لم يكن لها اشاره مفهمة ولا كتابه هل تكون فى معنى المجنونه حتى يزوجها الأب والجد ثم الحاكم دون غيرهما اولا لأنها عاقله :

— والرابع : هو ان يكون من افتيت عليها بالبلد حال الافتيات والرضا فان كان بأخرى لم يصح ولو قريبا وانهى الخبر اليها من ساعته .

والخامس : أن لا يقر الولي بالافتيات حال العقد بأن سكت او ادعى انه مأذون فان أقر به لم يصح .

والسادس : وهو أن لا يكون الافتيات عليهما معا فان كان عليهما معا لم يصح ولا بد من فسخه .

(١) سبق تخريجه فى ص : ٧٣

قال صاحب مغني المحتاج انه لم يرفيها شيئا ولعل الأول أوجه

بما قاله من الاكتفاء بكتب من لها اشارة مفهمة ظاهر ان نوت به

الاذن كما قالوا : كتابة الأخرس بالطلاق كناية على الأصح .

٢١٥- ثانيا : وقالوا في البكر البالغة العاقلة اذا استؤذنت في

تزويجها من كفء أو غيره انه يكفي سكوتها في الأصح .

وان بكت ولم تعلم ان ذلك اذن لخبر مسلم : " الأيم

احق بنفسها من وليها والبكر تستأمر واذنها سكوتها " (١)

فان بكت بصياح أو ضرب خد لم يكف لأن ذلك يشعر بعدم

الرضا .

والثاني : لابد من النطق كما في الثيب .

وقد قال في مغني المحتاج أيضا ان محل الخلاف في غير

المجبر اما هو فالسكوت كاف قطعا كما هو ظاهر ايراد المصنف

وصرح به الروياني وغيره .

وخرج بـ (استؤذنت) مالو زوجت بحضرتها مع سكوتها فانه

لا يكفي بل لابد معه من استئذانها وبـ(من كفء أو غيره) مالو

استؤذنت في التزويج بدون المهر أصلا أو بأقل من مهر

المثل أو بغير نقد البلد فسكتت فانه لا يكفي سكوتها

لتعلقه بالمال كبيع مالها .

ولو استؤذنت في التزويج برجل غير معين فسكتت كفى فيه

سكوتها بناء على أنه لا يشترط تعيين الزوج في الاذن وهو

الأصح .

---

(١) سبق تخريجه في ص : ٣٥

ولو قال لها أيجوز ان أزوجك أو ثأذنين فقالت ولم لا يجوز اولم لا آذن كفى لأنه يشعر برضاها •

فان قيل : لو قال الخاطب أتزوجني لم يكن استيجابا فكان ينبغي ان يكون هنا كذلك أجيب بأن العقد يعتبر فيه اللفظ فاعتبر فيه الجزم •

٢١٦ـ وإذن البكر يكفي فيه السكوت فكفى فيه ما ذكر مع جوابها ولو قالت رضيت بمن رضيت به أمي او بمن اختارته او بما يفعله أبي وهم فى ذكر النكاح كفى • لا ان قالت رضيت ان رضيت أمي او رضيت بما تفعله أمي فلا يكفي لأن الأم لا تعقد ولأن الصيغة الأولى صيغة تعليق •

وكذا لا يكفى : رضيت ان رضي أبي بأن تريد رضيت بما يفعله فيكفي (١) •

---

(١) راجع مغنى المحتاج ج ٣ص١٥٠ •

(المطلب الرابع)

" مذهب الحنابلة "

ولدى الحنابلة :

٢١٧- قالوا ان اذن الثيب الكلام واذن البكر الصمات وفيما يلي الكلام في الأمرين :

٢١٨- اولا : الثيب قال صاحب المغني انه لا يعلم خلافا بين أهل العلم في أن اذنها الكلام للخبر المروي في ذلك ولأن اللسان هو المعبر عما في القلب وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الاذن غير أشياء يسيره أقيم فيها الصمت مقامه لعارض .

٢١٩- ثانيا : وفي البكر اذنها صماتها في قول أهل العلم وذكر منهم شريحا والشعبي واسحاق والنخعي والثوري والأوزاعي وابن شبرمه وأبا حنيفه ولا فرق بين كون الولي أبا او غيره .

وحكى عن اصحاب الشافعي في صمت البكر في حق غير الأب قولين :

أحدهما : لا يكون اذنا لأن الصمات عدم الاذن فلا يكون اذنا ولأنه محتمل الرضا والحياء وغيرهما فلا يكون اذنا كما في حق الثيب وانما اكتفي به في حق الأب لأن رضاها غير معتبر، وقال ان هذا شذوذ عن اهل العلم وترك للسنه الصحيحه الصريحه يصان الشافعي عن اضافته اليه وجعله مذهبا له مع كونه من أتبع الناس لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . ولا يعرج منصف على هذا القول وقد تقدمت الروايـة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم " لاتنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن " فقال

يارسول الله كيف اذنها ؟ قال : " ان تسكت " وفي رواية عن عائشه رضي الله عنها أنها قالت يارسول الله ان البكر تستحي قال : " رضاها صماتها " وهذا الحديث متفق عليه (١) .

وفي روايـة " واليتيمه تستأمر صمتها اقرارها " رواه النسائي وفي روايـة " تستأمر اليتيمه في نفسها فان سكتت فهو اذنهـا " وهذا صريـح في غير ذات الأب .

وروى الأثرم عن عدى الكندى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صماتها " (٢) والأخبار في هذا كثيرة ولأن الحياء عقلـة على لسانها يمنعها النطق بالاذن ولا تستحي من اباتهـا وامتناعها فاذا سكتت غلب على الظـن أنه لرضاها فاكتفي بـه .

وما ذكروه يفضي الى أن لا يكون صماتها اذنا في حق الأب أيضا لأنهم جعلوا وجوده كعدمه فيكون اذاً رداً على النبـي صلى الله عليه وسلم بالكليـه واطراحا للأخبار الصريحـه الجليلـه وخرقا لاجماع الأمه المرضيـة (٣) .

ولدى الحنابلـة ايضـا :

فان نطقت بالاذن فهو أبلـغ واتم في الاذن من صمتها .

وان بكت أو ضحكت فهو بمنزلـة سكوتها .

---

(١) سبق تخريجـه في ص : ٧٥

(٢) " " ص : ٩٦

(٣) المغني لابن قدامه ج ٦ ص ٤١٢ وما بعدها .

وروى ابن قدامه عن ابي يوسف ومحمد انها ان بكت فليس باذن لأنه يدل على الكراهيه •

ورد على ذلك فقال ان الرسول صلى الله عليه وسلم قال" تستأمر اليتيمه فان بكت او سكتت فهو رضاها وان أبت فلا جواز عليها" (١) ولأنها ناطقه بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان اذنا منها كالصمات والضحك •

والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهه ولو كرهت لامتنعت فانها لا تستحيي من الامتناع والحديث يدل بصريحه على ان هذا الصمت اذن وبمعناه على ماقى معناه من الضحك والبكاء وكذلك اقيم الضحك مقامه (٢)

---

(١) اخرجه النسائي فى السنن الصغرى ج ٦ ص ٨٧ من غير ذكر (أو بكت)

(٢) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٩٣ ، ٤٩٤ ، ٤٩٥ وقد جاء فيه ايضا ان الثيب المعتبر نطقها هي الموطوءه فى القبل سواء كان الوطء حلالا او حراما وهذا ايضا مذهب الشافعي وقال مالك وأبو حنيفه فى المصابه بالفجور حكمها حكم البكر فى اذنها وتزويجها لأن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء والحياء من الشيء لا يزول الا بمباشرته وهذه لم تباشر بالاذن فى النكاح فيبقى حياؤها منه بحاله ورد صاحب المغنى بأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: الثيب تعرب عن نفسها وان قوله صلى الله عليه وسلم " لاتنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن واذنها ان تسكت" يدل على انه لابد من نطق الثيب لأنه قسم النساء قسمين فجعل السكوت اذنا لأحدهما فوجب ان يكون الآخر بحاله وهذه ثيب فان الثيب هي الموطوءه فى القبل وهذه كذلك ولو اشترطها فى التزويج بكرا فوجدها مصابه بالزنا ملك الفسخ ولأنها موطوءه فى القبل فأشبهت الموطوءة بشبهه والتعليل بالحياء غير صحيح فانه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه وانما يعتبر بمظنته وهي البكاره ثم هذا التعليل يفضي الى ابطال منطوق الحديث فيكون باطلا فى نفسه • ولا فرق بين المكرهه والمطاوعه وعلى هذا ليس

=

(المبحث الثالث)

" مناقشة الأقوال والترجيح "

٢٢٠- يمكن ان نستخلص مما ذكرنا انه فيما يتعلق بالبكر يقول الأحناف ان سكوتها يعتبر رضا لحديث " البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت " ولأنها تستحي عن اظهار الرغبة لا عن الرد .

والمقصود بالسكوت السكوت الاختياري فلو أخذها سعال أو أخذ فمها فخلصت فردت ارتد .

وقالوا ان الضحك ادل على الرضا من السكوت فلو تبسمت فهو اذن وان بكت بلا صوت لا يكون ردا وهو المختار عندهم للفتوى وقد قال ابو يوسف ان البكاء يعتبر رضا وخالف محمد فاعتبره ردا لأن وضع البكاء لاظهار الكراهه .

والمعول عليه على كل حال اعتبار قرائن الأحوال في البكاء والضحك .

ويعتبر في كون السكوت رضا تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لها .

ولا يشترط في كون السكوت رضا تسمية المهر وقيل يشترط لاختلاف

= ليس لنا اجبارها اذا كانت بالغة وفي تزويجها ان كانت صغيرة وجهان وقولهم انها لم تباشر الاذن قلنا يبطل بالموطوءه بشبهه والمزوجه وهي صغيره .

ثم قال : إن من ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة أو شدة الحيضه او بأصبع أو عود ونحوه فحكمها حكم الأبكار لأنها لم تختبر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فأشبهت من لم تزل عذرتها ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيبا ولا حكمها حكمهن لأنها غير موطوءة في القبل .

الرغبه باختلاف الصداق قلـة وكثره والصحيح عندهم الأول لأن
للنكاح صحـة بدونه •

٢٢١ـ والمالكيـه قالوا ايضا ان البكر غير المجبره لذنها صمتها اذا سئلت
عن الزوج مع مهر كذا على أن يتولى العقد فلان •

وكذلك اذا ضحكت او بكت فهو رضا •

ولا تزوج ان منعت بأن قالت لا وما في معناه او نفرت لأنه دليـــل
عدم الرضا •

٢٢٢ـ وقال الشافعيـه في البكر البالغـه العاقلـه اذا استؤذنـــت
في تزويجهـا من كـفء او غيره انه يكفـي سكوتها في الأصح •

وان بكت بصياح لم يكن رضا لأنه يشعر بعدم الرضا •

والرأى الثاني وهو مقابل الأصح لابد من النطق كما في الثيـــب
وقال في مغني المحتاج ان محـل الخلاف في غير المجبر اما هـــو
فالسكوت كاف قطعـا •

ولا يكفي سكوت البكر اذا كان التزويج بدون مهر أصـلا او بأقل
من مهر المثل وذلـك لتعلـق الأمـر بالمال كبيـع مالها •

ولو استؤذنت في التزويـج برجـل غير معين فسكـتت كفى فيه سكوتهـا
بناء على انه لا يشترط تعيين الزوج في الاذن وهو الأصح •

٢٢٣ـ وقال الحنابلـه ان الاجماع على ان اذن البكر صماتها أبا كـــان
الولي او غيره وذلـك خلافا لأصحاب الشافعـي اذلهم كما سبـــق
القول في صمت البكر في حـق غير الأب قولان أحدهما أنه لا يكـــون
اذنا وقد رد على ذلـك في المغني بأنه شذوذ عن اهل العلـــم
وترك للسنه الصحيحـه الصريحـه ، يصان الامام الشافعي عـــن
اضافته اليـه وجعلـه مذهبا له مع ان الأخبار في اعتبار سكـــوت

البكر صريحه ومتواتره على ما بينا سابقا .

ولدى الحنابله ايضا ان البكر اذا نطقت بالاذن فهو ابلغ واتم من صمتها .

وان بكت او ضحكت أخذ ذلك حكم سكوتها للحديث الذي رووه آنفا وهو " تستأمر اليتيمه فان بكت او سكتت فهو رضاها وان أبت فلا جواز عليها " والبكاء يدل على فرط الحياء لاعلى الكراهه .

٢٢٤- ويمكن القول بالنسبه للبكر ان عامة العلماء على ان سكوتها يعتبر اذنا لأنه يعبر عن اظهار الرغبه لا عن الرد فعلى ذلك الأحناف والمالكيه والحنابله وغيرهم .

اما الشافعيه فانهم يعتبرون السكوت اذنا اذا كان الولي أبا وهو ولي مجبر اما اذا كان الولي غير مجبر فعندهم رأيان، الأول أنه يكفي سكوتها وهو الأصح وقيل لابد من النطق كما في الثيب.

وأرى ان هذه التفرقه لا محل لها لأن القول بها معارض لصريح السنه في اعتبار سكوت البكر اذنا في الحالتين وقد عبر صاحب المغني عن عدم الرضا بهذه التفرقه بأنه خرق للاجماع وشذوذ عن مسلك العلماء لا يليق ان يضاف الى الامام الشافعي وهو القائل اذا صح الحديث فهو مذهبي واضربوا بقولي عرض الحائط .

غير ان هذا لا يمنع ان البكر اذا نطقت بالاذن فانه يكون أبلغ واتم من صمتها .

وفي البكاء والضحك الراجح لدى الفقهاء اعتباره اذنا مالم يكن الضحك بقصد الاستهزاء والبكاء بصوت مرتفع او بضرب خد واحسن ما قيل في هذا الأمر عندي هو الرجوع لقرائن الأحوال في امر البكاء والضحك فهذه القرائن هي التي ينبغي ان يستهدي بها لمعرفة ذلك ان كانت اذنا أوردا .

٢٢٥- وفيما يتعلق بتسمية الزوج عند الاستئذان قال الحنفيه ان تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفه معتبر في كون السكوت رضا وهو ايضا محل اعتبار لدى المالكيه على ما مر وقال الشافعيه انهـا اذا استؤذنت في التزويج برجل غير معين فسكتت كفى سكوتها بناء على انه لا يشترط تعيين الزوج في الاذن وقد قالوا ان هذا هو الأصح .

واني في هذا الأمر اميل الي الرأي الأول الذي يجعل لتعيين الزوج اعتبارا وذلك لما استند اليه من ادله ولأن الرغبات تختلف باختلاف الأشخاص فكان تعيين الشخص معتبرا لرجحان كفة السكوت باعتباره رضا .

٢٢٦- وفي تسمية المهر وعدمه اختلف الرأي فقيل ان تسمية المهر مشترطه لاعتبار السكوت رضا وقيل ان ذلك لا يشترط وقد حكي هذان القولان في المذهب الحنفي وحكي عن المالكيه ان ذكر المهر معتبر وقال الشافعيه لا يكفي السكوت اذا كان التزويج بدون مهر أصلا او بأقل من مهر المثل وهم في ذلك يميلون الى أحد القولين في المذهب الحنفى .

واني أرى ان سكوت البكر يعتبر رضا ولا يشترط تسمية المهر لأن النكاح صحيح بدون ذكر المهر واغلب العلماء على ان المهر أثر من آثار النكاح وعلى ذلك فللنكاح صحه بدون ذكره (١) اما قياس التزويج بدون ذكر المهر على البيع بدعوى تعلق الأمر بالمال فليس البيع كالنكاح بل يختلف عنه في الأحكام .

٢٢٧- اما بالنسبة للثيب فالاجماع منعقد على ان سكوتها لا يكفي تعبيرا عن رضاها بل يكون الرضا بالقول لحديث " الثيب تشاور " ويكون رضاها أيضا بغير القول مادام يعبر عن حقيقة الرضا ومما يأخذ حكم القول ما يكون له دلالة الرضا كطلب المهر او النفقه وتمكينها من الوطء وقبول التهنئه وعلى هذا المذهب الحنفي والمالكي وقد قالوا ان أبكارا سته يأخذن حكم الثيب فلا يكون الاذن فيهن بالسكوت بل بالقول وما يقوم مقامه وعلى هذا كذلك الشافعيه الذين قالوا ان الثيب العاقله البالغه تزوج بصريح الاذن للأب او غيره ولا يكفي سكوتها لحديث " ليس للولي مع الثيب أمر " (٢) .

وقال الحنابلة ايضا ان الثيب إذنها الكلام للخبر ولأن اللسان هو المعبر عما في القلب .

وهذا الذى عليه عامة العلماء فى الثيب يستفاد منه أنها كالبكر فى ذلك غير ان البكر يكفي صمتها اذنا دون الثيب التى مارست الرجال

---

(١) تبيين الحقائق شرح الكنز ج ٢ ص ١١٨

(٢) سبق تخريجه فى ص ٧٣ .

غير ان البكر على ما قلنا آنفا اذا نطقت بالاذن فانه يكــــون ابلــغ واتم من صمتها ٠

واختصاص البكر باعتبار صمتها اذنا عليـه كما سبق البيـــان السنه الصحيحـه الصريحـه المرويـة من طرق متعدده بحيـــث لا يماري أحـد فى الأحكام المذكورة في هذا المقام ٠ وبالله التوفيــــق ٠

—

خاتمـــــة

اهـم نتائـــج البحـــث

٢٢٨- الرسالة المقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى الفقه الاسلامــــى من كليـة الشريعة والدراسات الاسلاميـة بجامعة أم القرى - هـــى فى موضـوع (الولايـه فى النكـاح) وقد قمت ببحـث الموضـــوع ودونـت البحث فى هذه الرسالة .

وقد انتهيـت الى نتائـج كثيره أوجـز أهمها على الوجـــه الآتـــى :

٢٢٩- تكلمت عن تعريف الولايه لغة وشرعا وانتهيت من ذلك الى انه يمكـن تعريف ولايـة الاجبار وهى أحـد قسمى الولايه فى النكاح ، بأنهـا تنفيـذ القول على الغير فى النفـس بلا توقـف على رضاه .

اما ولاية الندب أو الاستحباب وهـي القسم الثاني لولايـــة النكاح بأنها تنفيـذ القول على الغير فى النفـس برضاه كما هـــو الشأن فى الولايـه على الحره المكلفـه .

٢٣٠- وقد تكلمت عن تقسيم الولايـه فى النكاح الى قسمين سبقت الاشاره اليهما وهما : ولاية الاجبار وفيها يستقل الولـي بانشاء عقد الزواج علـى المولى عليه دون مشاركة احـد ويكون العقد نافذا على المولى عليـه شاء أو أبـى .

وولايـة ليس فيها اجبار ويسميها الحنفيه ولاية ندب او ولايـــة

أستحباب وتسمى عند غيرهم ولاية اختيار او ولاية شركة لاشتراك المرأة ووليها في اختيار الزوج وهو الذي يتولى دلما مباشرة الزواج لأن البالغة العاقلة عندهم ليس لها ان تستقل بمباشرة العقد بنفسها وهو وان كان يتولى عنها المباشرة الا انه ليس له ان يجبرها على الزواج بشخص معين ولهذا سميت عندهم ولاية شركة او ولاية اختيار .

اما الحنفية فيسمونها ولاية ندب او استحباب لأن كاملة الأهلية لها عندهم ان تتولى عقد زواجها بنفسها لكنهم يستحسنون ان يقوم وليها نيابة عنها بصيغة الزواج .

٢٣١ — وقد تكلمت عن شروط الولي وما ادليت فيه برأيي :

أ — شرط الذكورية وقد بينت الاختلاف فيه وما استند اليه كل فريق ثم رجحت ما ذهب اليه الجمهور من اشتراط الذكورية في الولي للحجج التي بينتها في موضعها .

ب — شرط العدالة وقد بينت اختلاف الفقهاء فيه وسبب الاختلاف وانتهيت الى ترجيح عدم اشتراط العدالة في الولي لأن الفسق لم يمنع من الولاية عند الأولين فضلا عن ان الفساق كثيرون فلو اشترطت العدالة لأدى ذلك الى تعطيل مصالح المولى عليهم والوازع الطبيعي في الولي هو الشفقة وهي المعتبرة في هذا المجال والناس منذ بدء الاسلام حتى الآن يزوجون بناتهم وهم فساق بلا نكير ولا اعتراض .

٢٣٢ — وفيما تثبت عليه ولاية الاجبار انتهيت الى ترجيح بعض الآراء وأهمها :

أ — ذهب قوم الى ان ولاية الاجبار تكون على المجانين والمعاتيه فقط

ولا تكون على الصغير مطلقا ولكن جمهور الفقهاء على ان هـــذه الولايـــه تثبت على الصغار أيضا وقد بينت حجج كل فريـــق ورجحت رأى الجمهور للأدلـــه التى بينتها فى موضعها .

ب ـ وعن علة الولايـه على الصغيره اختلف الفقهاء هل هـــى البكاره أم الصغـر وقد بينت حجج كل فريق بالتفصيل .

جـ ـ وعن تزويج البكر المكلفه بينت ان الفقهاء اختلفوا فى اجبارها على النكاح على رأيين :

رأى ينفي ان يجبر الولي البكر المكلفه على النكاح ولو كـان أبا .

ورأى على ان للولي اجبارها فلـه ان يزوجها بغير اذنهـــا وقد فصلت الكلام فى حجج كل رأى واسانيده وقد رجحت رأى القائلين بعدم الاجبار لما استند اليـه من حجج قويـه وللحجج التى بينتها فى موضعها ومنها ان القول بأن البكـر المكلفـه لم تمارس الرجال وانها لذلك شديدة الحياء بخـلاف الغلام هو قول غير مسلم لأن مبناه العرف والعاده وهمـا قابلان للتغيير ومن ثم كان ربط الحكم فى كمال الرأى بالبلـوغ عن عقل أضبط سواء بالنسبه للبكر البالغـه او للغـلام فالأحكام انما تناط بعللها المنضبطـه لا بحكمها التى لا تنضبط واذا كان هـذا يراعى فى المال فيمتنع الولي من التصـرف فى مال البكر اذا بلغـت عاقلة فأولى أن تملك أمر زواجهـا لتعلقـه بالنفس اذ يضرب عليها قيد الزواج فلزم ان تختـار حتى لا تجبر على معاشرة ومباضعـة من تحمل له فى نفسهـا

غاية [illegible] مقاصد الشريعه المبنيه على الود والتعاون والتقريب بين الجنسين فى التصرفات •

٢٣٣— وفى معنى البكاره اختلفت آراء الفقهاء وقد بينت هذه الآراء وأسانيد كل رأى وحصرت أهم نقاط الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء فى معنى البكاره على الوجه الآتى :—

أ — من زالت عذرتها بعارض كالوثبه وشدة الحيضه فهذه تأخذ لدى الحنفيه حكم الأبكار ويتفق معهم المالكيه وكذلك الشافعيه والحنابله وعليه فهذه حكمها حكم البكر فى الجبر على النكاح وغير ذلك •

ب — ومن زالت عذرتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب وهو الوطء بعقد جائز وفاسد وشبهة أوجب لها المهر بذلك فلا خلاف بين العلماء فى أنها ثيب بهذا الوطء وتزوج كما تزوج الثيب وعلى هذا عامة العلماء •

جـ — ومن زالت عذرتها بزنا حدث فيه او تكرر منها واشتهرت به فهذه عند الحنفيه تزوج كما تزوج الثيب وكذلك الحال لدى الشافعيه والحنابله اما عند المالكيه فان من بلغت وزالت بكارتها بزنا ولو تكرر او ولدت منه فللأب جبرها وقد رجحت هذا الرأى ورأيت عدم التفرقه بين من زنت وتكرر زناها او لم يتكرر فهي تزوج كما تزوج البكر حتى لا تزيد الفاحشه شيوعا والقول بذلك من شأنه ان يحافظ على البقيه الباقيه من الحياء لدى من كتب عليها ان ترتكب فاحشة الزنا

فضلا عن ان الأصل ان من كتب عليها ذلك تستحي منه بطبعها .

د - ومن زالت بكارتها بزنا غير مشهور ولم تحد فيه فهي في قول أبي حنيفه رضي الله عنه تزوج كما تزوج الأبكار وهي عند ابي يوسف ومحمد رضى الله عنهما تزوج كما تزوج الثيب وحالها كذلك لدى الشافعية والحنابله .

اما عند المالكيه فانها تجبر فتزوج كما تزوج الأبكار .

وقد رجحت رأى ابي حنيفه والمالكيه لما ساقوه من حجج ولأن الشأن في الزنا الذي لم يتكرر انه لا يزيل عن التى وقعت فيه حياء البكر وهي لا تعلن عن هذه السقطه بل تتحرى عادة اخفاءها واعتبارها شيئا فيه فضح لها والشريعه تأبى شيوع الفاحشه وزيادة على ذلك فان الاخفاء قد يعصم من تكرار هذه الجريمه والستر عليها قد يدفع الى الطريق المستقيم .

٢٣٤- وبينت حكم المجانين والمعاتيه من حيث ولاية الاجبار واتبعتها عليهم بأقوال الفقهاء في مختلف مذاهب الفقه وبينت بعض الخلاف بينهم في قليل من جزئيات هذا الأمر .

٢٣٥- وفيمن تثبت له ولاية الاجبار بينت أنها عند جمهور الفقهاء ثابته بالنسبه للصغيرين للأب وان النزاع قد ثار فيما بينهم في ثبوت هذه الولايه لغير الأب من الأولياء وقد بينت مذاهب الفقه في هذه المسأله وحجية كل مذهب .

٢٣٦ـ وقد بينت مذاهب الفقه ايضا فى هل تستفاد الولايه بالوصيه وأوردت حجج كل مذهب وانتهيت الى ترجيح الرأى القائل بمنع الوصيه بالنكاح لأن الشارع رتب مستحقي ولاية النكاح من الأقارب وبعد الأب تنتقل هذه الولايه الى غيره من الأقارب شرعا واذا أجيزت الوصيه فى التزويج فان الولايه بعد الأب تكون للموصى له بالتزويج فلا تنتقل الى المستحق شرعا للولايه فى التزويج مما يعتبر اعتداء على حق المستحق من الأقارب بعد الأب فى هذه الولايه الى غير ذلك من الحجج التى سقتها ورجحت بها هذا الرأى .

٢٣٧ـ وفى ترتيب الأولياء عموما بينت هذا الترتيب فى المذاهب الفقهيه المختلفه وابرزت أسانيد هذا الترتيب على ما بين فى موضعه ثم بينت بعض نقاط الاختلاف بين المذاهب فى هذا الأمر ومن هذه النقاط .

أ ـ اذا اجتمع الابن مع الأب فالامام ابو حنيفه والامام ابو يوسف يقدمان الابن والمالكيه كذلك بينما يقدم الأب عند الشافعيه ثم الجد والحنابله كذلك يقدمون الأب ثم الجد وقد تعددت الروايات فى هذا الأمر عن الامام أحمد فعنه فى روايه يقدم الابن على الجد وفى روايه يقدم الأخ على الجد وعنه ايضا ان الأخ والجد سواء فى الولايه ثم يأتى بعد الجد الابن .

وقد ذكرت اهم الحجج التى يستند عليها كل فريق ورجحت تقديم الأب على الابن لما سقت من ادله وضحت بها هذا الترجيح .

ب - ومما اختلف فيه الفقهاء الجد مع الأخ فالامام ابو حنيفه يقدم الجد على الأخ وكذلك الشافعيه والصاحبان يجعلانهما مشتركين في الولايه والمالكيه عندهم يأتي بعد الأب الأخ فابنه وان سفل ثم بعد ذلك يأتي الجد لأب والحنابله يقدم عندهم الجد ابو الأب وان علا على الأخ وعن احمد في روايه ان الأخ يقدم على الجد وعنه ايضا ان الأخ والجد سواء في الولايه وقد اوردت حجج كل فريق ورجحت قول من قال بتقديم الجد على الأخ لأن الجد في الولايه ليه مقام الأب فلا يسوغ ان يزاحمه الأخ وشفقته اوفر من شفقة الأخ والشفقه معتبره في ولاية التزويج بالاضافة الى قوة العصوبه وقرابة الولاد .

ج - وفي ولاية ذوي الأرحام بينت ان هناك رأيين اساسيين، رأيا لا يثبت ولاية التزويج لذوي الأرحام ومن هؤلاء الامام احمد والامام الشافعي والمالكيه والامام محمد صاحب ابي حنيفه . ورأيا بأن ولاية التزويج بعد العصبات تنتقل الي الأقارب غير العصبات على حسب قوة قرابتهم وشفقتهم وقد اوردت اهم الحجج التى استند اليها كل رأى ورجحت الرأي الأول وهو اثبات الولايه لذوى الأرحام بعد العصبات لأن ذوي الأرحام لا يأتون الا بعد العصبه وقرابتهم شفيقه وهم من اهل الميراث والميراث عليه مدار الولاية في التزويج ولا يعارض هذا حديث (الانكاح الى العصبات) لأنه يكون كذلك عند وجودهم اما ان عدموا فأولوا الأرحام اولى من غيرهم بهذه الولايه .

٣ — ٣ ـ وفي غيبة الولي الأقرب بينت حكمها لدى الفقهاء اذا كانت الغيبه منقطعه وقلت ان زفر يقول ان ولايـة الأقرب الغائب قائمه لاتسقطها غيبته والشافعيه وآخرون يقولون ان ولايـة الأقرب باقيه كما يقـول زفـر الا انه امتنع دفع حاجـة المولى عليها من قبل الأقرب مع قيـام سبب ولايته عليها للغيبه البعيده فتثبت الولايـه للسلطـان على حين ان زفـر لا يجعل الولايـه عند غيبـة الأقرب للأبعـد ولا للسلطان ويرى الامام ابو حنيفـه وصاحباه ان الولايه بالتزويـج عند غيبـة الولـي الأقرب غيبـه منقطعـه تكون للولـي الأبعـد الحاضـر لا للسلطان وقد بينت اهـم الحجـج التي يستند اليهـا كل فريـق ثم رجحـت قول من قال ان الولايـه لغيبـة الأقرب تثبـت للولـي الأبعـد لا للحاكم لأن القول ببقاء ولايـة الأقرب رغـم غيبته دون الأبعـد او السلطان ليـس فيه نظـر للمولى عليهـا لأن الأبعد الحاضـر لا يزوج ولأن السلطان لا يزوج ولأن الولـي الأقرب بعيد الغيبـه وفي ذلـك تفويـت لمصلحـة المولى عليهـا لأن الكـفء لا ينتظـر كثيرا في العاده والعثور على كـفء غيـره غير يسيـر كما ان القول بنقل الولايـه للسلطان لا يستقيم لأن السلطان ولي من لا ولي له وفي هذه المسألـه يوجـد وليان ثم ان المفـروض لنقل الولايـه للسلطان ان يكون لظلم الولـي لأن السلطان حينئـذ يتولى رفـع الظلـم والذى حصل هنا هو غيبـة الولي الأقرب فأيـن الظلـم •

بقي الولـي الأبعـد الحاضـر فهو الذى يلـي لافتراض الولـي الأقرب معدومـا كمـن مـات أو جـن •

٢٣٩- وتكلمت عن ماهية الغيبة المنقطعة مبينا أقوال الفقهاء واسانيدهم وقد رأيت ان يترك امر تحديد الغيبة البعيدة والقريبة الى رأي القاضي في كل حادثة تعرض عليه لأن الأمر ليس فيه تحديد ولا توقيف يلتزم بل مرده الى العرف والعادة وهما متغيران بحسب الزمان والمكان .

ثم ان الحاصل الآن سهولة المواصلات وتعدد وسائلها وسرعتها مما يستفاد منه امكان الاتصال في وقت قصير بأبعد الأماكن وهذا مما يرشح ما اتاه من ترك التقدير في خصوص كل مسألة للقاضي .

٢٤٠- وعن العضل عرفته واتيت ببعض المسائل التي يتحقق فيها لدى الفقهاء ثم بينت حكمه وقلت انه اذا تحقق من الولي فانه يخرج من ان يكون وليا وتنتقل الولاية الى القاضي لرفع هذا الظلم .

٢٤١- وفي احكام تزويج الأولياء بينت مذاهب الفقه في هذا الأمر وما تستند اليه ثم انتهيت الى الأحكام الاتية :

أ - اذا كان الولي المجبر ابا أو جدا لأب ولم يعرف بالفسق ولا بسوء الاختيار فولايته كاملة ومن ثم فالزواج الذي يجريه نافذ لازم عند أبي حنيفة والصاحبين ما دام من كفء وبمهر المثل .

واذا حصل الزواج بغير كفء او بغبن فاحش فهو لازم عند ابي حنيفه رضي الله عنه وكذلك عند الامام مالك وهو قول صاحب المغني وأبي الخطاب .

وقال الصاحبان ان الزواج هذا لا يجوز فيكون عندهما غير لازم وعند الشافعي يشترط كذلك ان يكون الزوج كفئا فلو حصل بغير كفء ففي الأظهر التزويج باطل وفي القول الآخر يصح التزويج وللصغيره اذا بلغت الخيار وهو يتفق في ذلك مع الصاحبين وعند الشافعي كذلك ليس للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها .

وأرى ان ما ذهب اليه الامام ابو حنيفه ومن معه هو الأرجح عندي فالولي هنا لا يفعل ذلك الا اذا كان في اعتباره تحقيق مصالح أخرى لموليته .

ب — وان عرف الأب او الجد بالفسق او بسوء الاختيار قبل العقد فان كان الزواج بكفء وبمهر المثل فهو نافذ لازم وعليه اجماع اهل العلم .

وان كان بغير كفء او بدون مهر المثل فانه يكون باطلا لدى الحنفيه وهذا هو الأظهر لدى الشافعيه وفي الآخر يصح وللبالغه الخيار في الحال وللصغيره ايضا اذا بلغت الخيار .

والقول بالبطلان هو احدى الروايتين عن احمد والروايه الثانيه العقد صحيح كشراء المعيب الذي لا يعلم عيبه .

ويحتمل ان لا يصح النكاح اذا علم ان الزوج ليس بكفء ويصح اذا لم يعلم .

ويحتمل ان يصح نكاح الكبيرة لأنه يمكن استدراك الضرر باثبات الخيار لها فتفسخ ان كرهت بخلاف الصغيره على القول بصحته .

وقد رأيت ان القول بعدم الصحه الذي عليه الحنفيه والأظهر لدي الشافعيه واحدى الروايتين عن الامام احمد هو الراجح عندي لأن ولاية النكاح اساسها النظر لصالح المولي عليه وهذا العقد ليس كذلك ولا يقال ان هناك مصالح أخرى راجحه للمولى عليه لأن الولي هنا لا يتصور منه حسن الاختيار والقول بالصحه مع الحق في الفسخ لا يمنع الضرر في كثير من الأحوال لأن الفسخ يحتاج لحكم القضاء وليس كل أحد يلجأ الى القضاء ثم قد تطول اجراءاته فلا يمكن تدارك الضرر .

جـ — وفي ولاية الابن فاذا كان مع الأب فان الامام محمدا يجعل الولايه للأب فاذا زوج الابن فعقده غير نافذ ويكون موقوفا على اجازة الأب والامامان ابو حنيفه وابو يوسف يجعلان صفة تزويج الابن كصفة تزويج الأب وقد رجحت هذا الرأي .

واذا لم يكن معه الأب فان حكم تزويجه هو حكم تزويج الأب والجد لدى الحنفيه وخلاصته انه ان كان بكفء وبمهر المثل فهو صحيح لازم باتفاق وان كان الزواج بغير

كفء او بدون مهر المثل فان عرف الابن بسوء الاختيار كان العقد باطلا باتفاق وان لم يعرف به فالامام ابو حنيفه يقول ان العقد صحيح لازم والصاحبان يقولان ان العقد يقبل الفسخ بخيار الافاقه •

د — واذا كان الولى غير من ذكر وزوج بغير كفء او بغير مهر المثل فالعقد عند الأحناف باطل واذا زوج الولي بكفء وبمهر المثل فالعقد صحيح نافذ باتفاق اما اللزوم فيقول به الامام ابو يوسف والطرفان يثبتان خيار الفسخ للمولى عليه ولكل حجته •

وقد رجحت رأى الطرفين •

٢٤٢— وفى ولاية الاختيار وهى المسماه عند الحنفيه بولاية الندب أو الاستحباب وهى عندهم على الحره البالغه العاقله وتسمى كذلك عند الامام أبي حنيفه وزفر وفى قول لأبى يوسف وعند الأئمه مالك والشافعي واحمد وفى قول لأبى يوسف هى ولاية اختيار او ولاية شركه •

وبناء على هذا ففي قول الأولين الحره البالغه العاقله لها تزويج نفسها على كل حال ويكون للأولياء حق الاعتراض وكذلك الحال اذا زوجت نفسها بمهر قاصر فعند أبي حنيفه للولى طلب اكمال المهر لمهر المثل أو فسخ العقد •

وعلى الرأى الآخر فان المرأه عندهم لا تنفرد بأمر زواجها كما لا تتولى صيغة العقد •

وقد اوردت حجج الفريقين ورجحت رأى الجمهور لما ذكرت فى موضعه ٠

٢٤٣- وفى حكم انعقاد النكاح بعبارة النساء بينت رأى كل مذهب من المذاهب المعتبره وادلة كل فريق وقد رجحت رأى الجمهور لما بينت من حجج فى موضعه ٠

٢٤٤- وتكلمت فيما يتحقق به الرضا بالنسبه للبكر وبالنسبه للثيب وأقوال الفقهاء فى ذلك وحججهم وتفصيل ذلك مع المناقشه والترجيح موجود فى موضعه من الرسالة ٠

- هذه خلاصة ما كان فى الرسالة وما انتهيت اليه من آراء والله أسأل ان يتقبل هذا العمل المتواضع وان ينفع به وان يهدينا دائما الى سلوك الطريق المستقيم جلت قدرته وتقدست أسماؤه ٠

تم بعون من الله وتوفيقه

الآيات القرآنيـــــة
بحسب ورودهـــا في الرسالــــــة

الصفحة

الأحاديث والآثار بحسب ورودها في الرسالة

الصفحة

الصفحـــه

----

* اهم مصادر البحث *

القرآن الكريم وتفسيره

القرآن

تفسير المنار لرشيد رضا الطبعة الثانية ١٣٦٧هـ.

المعجم المفهرس لألفاظ القرآن وضع محمد فؤاد عبد الباقي .

كتب السنة وعلومها

الاصابه فى تمييز الصحابه للحافظ ابن حجر الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨ مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر .

تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذى - للمباركفورى تصحيح عبد الوهاب عبد اللطيف وعبد الرحمن محمد عثمان نشر المكتبة السلفيه .

تدريب الراوى لجلال الدين عبد الرحمن السيوطى - تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف الطبعه الأولى - مكتبة القاهره بمصر .

تقريب التهذيب لابن حجر العسقلانى - تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف - نشر محمد سلطان النمنكانى .

التلخيص الحبير لابن حجر العسقلانى - شركة الطباعه المتحده بمصر سنة ١٣٨٤هـ.

تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلانى - دار صادر ببيروت .

تهذيب السنن لابن قيم الجوزيه - مطبوع مع مختصر السنن .

الجامع للامام الترمذى المطبوع مع شرحه تحفة الأحوذى .

الجامع الصحيح للامام البخارى - المطبوع مع فتح البارى .

الجامع الصغير لجلال الدين السيوطى - المطبوع مع فيض القدير .

حاشية السندى على المجتبى (سنن النسائى الصغرى) لمحمد حياة السندى مطبوع مع المجتبى

السنن لأبى داود — المطبوع مع شرحه عون المعبود .

السنن لعلي بن عمر الدارقطني — تصحيح وتنسيق وترقيم السيد عبدالله هاشم اليمانى المدني — دار المحاسن بالقاهره .

السنن الكبرى لأبى بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي — دار الفكر ببيروت .

السنن لابن ماجه — تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي — طبعة عيسى البابي الحلبي

صحيح مسلم للامام ابى الحسين مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابورى المطبوع مع شرحه للنووى — دار الفكر ببيروت .

عون المعبود شرح سنن ابي داود — لأبي الطيب شمس الحق العظيم آبادى .

فتح البارى شرح صحيح البخارى — الطبعه السلفيه بالقاهره .

فيض القدير شرح الجامع الصغير — لعبد الرؤف المناوى — الطبعة الثانيه دار المعرفه ببيروت .

المجتبى المسمى — (بالسنن الصغرى) للامام النسائى — نشر دار احياء التراث العربى ببيروت .

مختصر سنن أبي داود للامام المنذرى — تحقيق احمد شاكر ومحمد حامد الفقي — نشر دار المعرفة — بيروت

المسند للامام أحمد — المكتب الاسلامي — دار صادر ببيروت .

معالم السنن للخطابي — المطبوع مع مختصر السنن .

المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوى ترتيب وتنظيم جماعه من المستشرقين مكتب برل فى مدينة ليدن .

الموطأ للامام مالك رواية يحيى بن يحيى الليثى المطبوع مع شرحه للزرقاني — دار المعرفه ببيروت .

نصب الرايه في تخريج أحاديث الهدايه ، لجمال الدين الزيلعي — نشر المكتبه الاسلاميه — دار احياء التراث العربي ببيروت •

نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكاني — الطبعه الأخيره مصطفى البابي الحلبي •

الفقه الحنفي

بدائع الصنائع للكاساني — نشر دار الكتاب العربي ببيروت •

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي — دار المعرفه ببيروت •

الجوهره النيره لأبي بكر محمد العبادي — طبعة الآستانه سنة ١٣٦١هـ

حاشية الشلبي على شرح الكنز المطبوع مع تبيين الحقائق •

رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين — الطبعة الثانيه — دار الفكر ببيروت •

فتح القدير لكمال الدين بن الهمام — الطبعه الأولى المطبعة الكبرى الأميريه ببولاق مصر سنة ١٣١٨ هـ•

المبسوط للسرخسي — مطبعة السعاده بمصر •

الفقه المالكي

الشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير — طبعة محمد علي صبيح بميدان الأزهر •

المدونه الكبرى — للامام مالك بن أنس روايه الامام سحنون بن سعيد التنوخي عن الامام عبد الرحمن بن قاسم — طبعة دار الفكر ببيروت سنة ١٣٩٨هـ سنة ١٩٧٨م•

المقدمات لابن رشد ـ طبعة دار الفكر ببيروت •

مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب ـ نشر مكتبة النجاح بطرابلس ليبيا •

الفقه الشافعي

المجموع شرح المهذب لمحي الدين بن شرف النووي نشر المكتبه السلفيه بالمدينه المنوره •

مغني المحتاج لمحمد الشربيني الخطيب نشر دار احياء التراث العربي ببيروت•

نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزه بن شهاب الدين الرملي ـ نشر المكتبة الاسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ •

الفقه الحنبلي

الاقناع لشرف الدين موسى الحجاوى ـ تصحيح وتعليق عبد اللطيف محمد موسى السبكي المطبعة المصريه بالأزهر•

الدرر السنيه جمع عبد الرحمن بن قاسم الطبعة الثانيه سنة ١٣٨٥هـ•

الروض المربع لمنصور البهوتي ـ المطبعة السلفيه •

كشاف القناع للشيخ منصور البهوتي نشر مكتبة النصر الحديثه •

المغني لابن قدامه ـ المطبعة اليوسفية •

الفقه الظاهري

المحلى لابن حزم ـ دار الفكر ببيروت•

الفقه الجعفري

شرائع الاسلام ـ طبعة مطبعة الآداب بالنجف .

الفقه العام

احكام الأحوال الشخصيه في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى طبعة سنة ١٣٧٨هـ سنة ١٩٥٨م .

الأحكام السلطانيه للماوردي مطبعة السعاده بالقاهره سنة ١٣٢٧ .

الأحكام الشرعيه للأحوال الشخصيه لزكي الدين شعبان طبعة دار التأليف .

احكام الشريعة الاسلاميه في أحوال الشخصيه تأليف عمر عبد الله .

احكام المرأه في الشريعه الاسلاميه مقال للشيخ احمد ابراهيم بك .

الأحوال الشخصيه الدكتور عبد العزيز عامر ـ طبعة منيمنه ببيروت سنة ١٩٦١

الأحوال الشخصية لمحمد ابو زهره ـ طبعة مخيمرت .

اعلام الموقعين لابن القيم تعليق طه عبد الرؤف سعد نشر مكتبة الكليات الأزهرية .

التشريع الجنائي الاسلامي لعبد القادر عوده .

الزواج والطلاق في الاسلام لبدران ابو العينين بدران .

الفتاوى لابن تيميه الطبعه الأولى سنة ١٣٨٦هـ .

اصول الفقه

اصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ـ الطبعه العاشره سنة ١٣٩٢هـ .

شرح الكوكب المنير في اصول الفقه لابن النجار ـ تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد .

فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت للشيخ محب الله بن عبد الشكور في أصول الفقه ـ الطبعه الأولى بالمطبعة الأميريه ببولاق مصر سنة ١٣٢٤هـ.

كتب اللغة

تاج العروس لمحب الدين الزبيدى ـ نشر دار مكتبة الحياه ببيروت .

غريب الحديث لأبي عبيد ـ الطبعه الأولى مطبعة دارة المعارف العثمانيه بحيدرآباد الدكن. بالهند .

القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادى ـ المطبوع مع تاج العروس .

المصباح المنير في غريب شرح الرافعي الكبير لأحمد بن علي الفيومي تصحيح مصطفي السقا ـ طبعة مصطفى البابي الحلبي .

النهاية في غريب الحديث لابن الأثير تحقيق طاهر احمد الزواوى ومحمود محمد الطناحي ـ دار احياء الكتب العربيه ـ عيسى البابي الحلبي .

(الفهـــــرس)

تابع الفهرس :

تابع الفهرس

تابع الفهرس